Ueber die Natur

des

Pfandrechtes,

von

Dr. Konrad Büchel.

Marburg,
bei Christian Garthe.
1833.

Vorwort.

Der Verfasser schrieb seine Inaugural-Dissertation über die fiducia des älteren Rechtes und hat in der Zwischenzeit fortwährend dem Pfandrechte überhaupt eine besondere Aufmerksamkeit gewidmet: weil er erkannte, daß die eigentliche Natur dieses Institutes noch keineswegs festgestellt, und gegen die übrigen s. g. dinglichen Sachenrechte genügend abgegrenzt sey. Anfänglich trug er sich mit dem Gedanken, die Lehre vom Pfandrechte in einer besonderen Monographie ausführlich zu behandeln, hat jedoch diesen Gedanken, wenigstens vorläufig, und zwar aus einem doppelten Grunde, aufgegeben, einmal, weil einzelne schwierige Fragen bei dem Pfandrechte ihm noch einer genaueren Entwickelung zu bedürfen schienen, als sie in einer Darstellung der ganzen Lehre, soll das Verhältniß zu den übrigen Theilen nicht überschritten werden, finden könnten; sodann aber, weil er, als an-

*

gehender Schriftsteller, es dem juristischen Publikum schuldig zu seyn glaubte, vorerst seine Grundansichten sowie die Art und Weise, wie er den Stoff behandeln würde, einer öffentlichen Prüfung zu unterwerfen. Hierzu kam noch, daß durch das Erscheinen der zweiten Auflage des Pfandrechtes von Gesterding, wenigstens dem dringendsten Bedürfnisse einer ausführlichen Bearbeitung des ganzen Pfandrechtes abgeholfen worden ist, obgleich durch dieselbe eine neue und den Anforderungen der Wissenschaft mehr entsprechende Behandlung des Gegenstandes keineswegs als überflüssig geworden erscheinen dürfte. Es wird demnach von der Aufnahme der vorliegenden Abhandlung, in welcher der Verfasser zunächst die Natur des Pfandrechtes festzustellen suchte, und welcher baldigst die Erörterungen einiger anderen Fragen, namentlich über die Verpfändung für eine nicht vollgiltige Forderung sowie über die Verpfändung der jura in re nachfolgen werden, abhängen, ob er den Gedanken einer vollständigen Entwickelung der Lehre vom Pfandrechte wieder aufnehmen und zur Ausführung bringen soll. Er hofft indessen einer nachsichtigen Beurtheilung um so eher entgegen sehen zu dürfen, als auf der einen Seite dem Kenner die mancherlei Schwierigkeiten mit wel-

chen der Verfasser zu kämpfen hatte, nicht entgehen werden, auf der andern Seite aber er es auch weder an der erforderlichen Erforschung der Quellen, noch an dem nöthigen Fleiße hat gebrechen lassen, so daß, wenn es ihm auch nur gelungen seyn sollte einzelne Schwierigkeiten zu beseitigen, er doch keine ganz nutzlose Arbeit unternommen zu haben glaubt.

Für die günstige Aufnahme seiner im vorigen Jahre erschienenen Abhandlung über die Wirkung der Klagen-Verjährung stattet er hiermit seinen verbindlichsten Dank ab, und hofft zugleich sein damals gegebenes Versprechen, daß die hier folgende Abhandlung noch zur Unterstützung der dort vertheidigten Ansicht, der gänzlichen Erlöschung des Forderungs-Rechtes mit dem Wegfallen der Klage, beitragen werde, soweit es unsere Quellen und die Kräfte des Verfassers möglich machen, in Folgendem gelös't zu haben.

Marburg im Juni 1833.

Dr. Konrad Büchel.

Inhalts-Uebersicht.

I.

Begriffs-Bestimmung des Pfandrechtes. Das Pfandrecht ist seinem Wesen nach eine obligatio rei. S. 1 — 3.

II.

Ursprung der dinglichen Pfandklage. Die fiducia in ihrem Verhältnisse zu dem pignus und der hypotheca. S. 4. Das pignus im Verhältnisse zur hypotheca. Aeltere Ansicht S. 5 — 6. Theorie von v. Löhr S. 6 — 10. Prüfung und Widerlegung der letzteren S. 10 — 24.

III.

Allgemeine Classifikation der Rechte nach ihrem Gegenstande S. 24 — 26. Aeußere, aus der Bezeichnung des Pfandrechtes in den Quellen entnommene, Gründe für die obligatorische Natur desselben S. 27 — 39.

IV.

Innere Gründe dafür: A. Entstehung des Pfandrechtes durch bloßen Vertrag S. 39 — 41. Verhältniß der obligatio rei zu der aus dem Pfandvertrage entspringenden obligatio personae des Verpfänders und zu der obligatio für welche das Pfand bestellt wird S. 41 — 44.

V.

B. Mangel des Besitzes des Pfandrechtes; dagegen Besitz der verpfändeten Sache auf Seite des Faustpfandgläubigers. Natur dieses Besitzes. Ueber possessio, juris possessio und derivata possessio S. 45 — 51. Daher auch kein Erwerb des Pfandrechtes durch fortgesetzten Besitz S. 51 — 53; aber auch keine Ersitzung der verpfändeten Sache durch den Gläubiger S. 53 — 58; dagegen Möglichkeit der Ausschließung der Eigenthumsklage durch 30jährigen Besitz des Pfandgläubigers S. 58 — 59. Daher ferner keine auf Verfolgung des Pfandrechtes gerichtete Klage; aber auch keine auf die

possessio des Faustpfandgläubigers gegründete actio Publiciana S. 60—61. Daher endlich keine Erlöschung des Pfandrechtes durch usucapio der verpfändeten Sache von Seite eines Dritten, noch durch blosen non usus von Seite des Gläubigers S. 61—64; wohl aber durch longi oder longissimi temporis possessio von Seite eine Dritten Seite 64—65.

VI.

C. Kein Erwerb des Pfandrechtes per procuratorem S. 65—70; und Uebertragung desselben nur durch Cession der Pfandklage S. 70—73.

VII.

D. Kein Vorbehalt des Pfandrechtes bei Uebertragung des Eigenthums. Verschiedenheit der Servitut und des Pfandrechtes S. 73—84.

VIII.

E. Möglichkeit der Fortdauer des Pfandrechtes nach Erwerbung des Eigenthums der verpfändeten Sache durch den Gläubiger; dagegen nothwendiges Aufhören des Faustpfandverhältnisses. Erklärung des fr. 30. §. 1. de except. rei jud. (44. 2.) S. 85—97.

IX.

F. Das Pfandrecht besteht blos in der Pfandklage. Verschiedenheit der actiones in rem und in personam S. 87—104. Die Pfandklage ist eine wirkliche actio in rem; verschiedene Bezeichnungen derselben: Serviana und quasi Serviana auch hypothecaria, pignoratitia in rem, vindicatio pignoris vel hypothecae S. 104—115. Verhältniß der quasi Serviana zur utilis Serviana S. 116—117. Verhältniß der Serviana zur rei vindicatio und Publiciana S. 118—125. Formel der Pfandklage S. 125—134. Das Pfandrecht fällt demnach mit der Pfandklage zusammen S. 135—141. Einfluß der Verjährung der Pfandklage auf das Pfandrecht S. 141—152.

Druckfehler.

S. 4. Z. 14. st. fiducia l. fiduciae. — S. 13. Note 80. Z. 4. st. fr. 1. §. 1. l. fr. 1. pr. Ebenso S 14. Z. 2. v. u. — S. 15. in der Note Z. 15. v. u. st. alienand. l. alienand. — S. 37. Z. 16. st. Sejae l. Seja. — S. 38. Z. 17. st. steht l. sieht. — S. 52. Z. 2. st. longis l. longi. — S. 59. Note 30. Z. 2. vor Besitz fehlt gutgläubige. — S. 67. Z. 12. ist credita einmal zu streichen. — S. 72. Z. 10. v. u. st. Quaestinionum l. Quaestionum. — S. 75. Z. 15. st. die auf l. auf die. — S. 84. Z. 18. st. Berichtigten l. Berechtigten. — S. 91. Z. 4. v. u. st. consictere l. consistere. — S 94. Z. 2. v. u. st. τõ l. τὸ und Z. 3. st. λύιται l. λύεται. — S. 102. Z. 9. st. jener l. einer. — S. 104. Z. 6. st. substantium l. substantiam. — S. 105. Z. 17. vor Prätor fehlt den. — S. 113. Z. 1. st. exhibendem l. exhibendum. —

Die nächste Abtheilung meiner civilrechtlichen Erörterungen wird enthalten:

Beiträge zur Lehre vom Pfandrechte,

insbesondere die Verpfändung für eine nicht vollgültige obligatio behandeln.

Marburg im Juli 1833.

Dr. Büchel.

Beim Verleger erschienen noch folgende Werke, die durch alle Buchhandlungen zu haben sind.

Büchel, Dr., Konrad, civilrechtl. Erörterungen in einer Reihe einzelner Abhandlungen. 1s — Ueber die Wirkung der Klagenverjährung. gr. 8. 1832. geh. 12 gGr. oder 54 kr.

Bürgergardengesetz, Kurhessisches. 8. 4 gGr. oder 18 kr.

Engelbach, Dr. F. E., über die Usukaion zur Zeit der 12 Tafeln. Eine rechtsgeschichtl. Abhandl. 8. 1828. 12. gGr. oder 54 kr.

Garantieen, die, des Rechts und die Förderungsmittel der Rechtspflege in besonderer Beziehung auf die Justizverfassung Kurhessens. gr. 8. 1831. geh. 8. gGr. oder 36 kr.

Jordan, Dr., S. Versuche über allgemeines Staatsrecht, in systematischer Ordnung und mit Bezugnahme auf Politik gr. 8 1828. 2 Thl. 6 gGr. oder 4 fl. 3 kr.

Justi, K. W. Die Vorzeit für 1828 mit Kupfern und Steindrücken. 12. 1828. 1 Rthl. 16 gGr. oder 3 fl.

— — Grundlage zu einer hessischen Gelehrten- Schriftsteller- und Künstlergeschichte von 1806—1830. Fortsetzung von Strieders Gelehrtengeschichte. gr. 8. 1831. 3 Rthl. oder 5. fl. 24 kr.

Multer, Dr., J. E. Die Ungültigkeit der am 15. Nov. v. J. in Fulda vorgenommenen Bischofswahl. gr. 8. 1832. geb. 6 gGr. oder 27. kr.

Ueber das Wesen und die Bedeutung des Strafrichteramtes und die Eigenschaften des Strafrichters. gr. 8. 1832. geh. 16 gGr. oder 1 fl. 12. kr.

Vollgraff, Dr., K. Die historisch-Staatsrechtlichen Grenzen moderner Gesetzgebungen und: was ist objektiv gesetzfähig und dermalen noch gesetzunfähig. gr. 8. geh. 1830. 16 gGr. od. 1 fl. 12 kr.

Was bedürfen, was wünschen und was erwarten demnach Kurhessens Bewohner von ihrem erhabenen Fürstenhause? 1te Abtheil. oder: was waren und was wirkten die althessischen Landstände bis 1820?

— — 2te Abtheil. oder: Wünsche und Andeutungen zu der künftigen Landschafts-Ordnung und Nennung der sonstigen Desiderien. 2 Hefte. gr. 8. 1830. 11 gGr. oder 48 kr.

Druck der Hasse'schen Buchdruckerei in Giessen.

Ueber die Natur des Pfandrechtes.

I.

Das Pfandrecht kann umfassend und seiner inneren Natur entsprechend nur definirt werden als eine obligatio rei in securitatem crediti [1]) constituta; wodurch sowohl die Verpfändung einer körperlichen, als die einer unkörperlichen Sache, namentlich auch die eines Forderungsrechtes, getroffen[2]) und zugleich das eigentliche

1) Creditum bezeichnet hier jede Forderung, nicht blos eine Geldforderung, fr. 1. de reb. cred. (12. 1). Zwar hat Gesterding Pfandrecht 2te Aufl. Greifswald 1831. S. 9. und 10. gegen die bisher allgemein befolgte Ansicht, daß das Pfandrecht für jede Schuld bestellt werden könne, behauptet, daß nur bei Geldschulden ein Pfandrecht zuläßig sey; allein wenn auch die gemeine Ansicht nicht unwiderleglich aus fr. 5 pr. de pign. (20. 1.) und fr. 9. §. 1. de pign. act. (13. 7.) hervorgeht, so beseitigt doch fr. 13. §. 2. de pign. (20. 1.) jeden Zweifel, denn hier ist, außer dem für eine Geldschuld bestellten Pfandrechte, auch die Rede von dem Falle, wo der Schuldner nicht Geld, sondern ein corpus schuldig war, und für diese Schuld eine Sache verpfändet hatte.

2) Hierdurch ist zugleich der Uebelstand gehoben, daß man schon bei der Begriffs-Bestimmung des Pfandrechtes, zwischen der Verpfändung einer körperlichen Sache oder eines an einer körperlichen Sache Statt findenden Rechtes und der Verpfändung eines Forderungsrechtes unterscheiden, und das Pfandrecht dort für ein

Wesen des Rechtes genau bestimmt ist, welches immer nur in der obligatio rei besteht, und sich gerade hierdurch von allen übrigen s. g. dinglichen Sachenrechten durchaus unterscheidet. Zwar hat man bisher im Allgemeinen wohl bemerkt, daß das Pfandrecht im Röm. Rechte obligatio rei genannt, und die Sache hier als persona obligata gedacht werde; allein man hat dieß mehr als einen besondern Sprachgebrauch der Römer, denn als eine Bezeichnung der rechtlichen Natur des Instituts selbst betrachtet, [3]) wenigstens ist mir keine Darstellung des Pfand-

dingliches, hier aber für ein persönliches erklären mußte. Indessen kann freilich auch bei obiger Begriffs-Bestimmung die Entwickelung des verschiedenartigen Einflusses, welchen die Verschiedenheit des Objekts der Verpfändung auf das Pfandrecht selbst, namentlich auf die dem Gläubiger zustehende Klage hervorbringt, nicht entbehrt werden; zunächst dürfte aber die Bemerkung genügen, daß die Klage des Pfandgläubigers immer utiliter die Klage des Verpfänders sey, also bei der Verpfändung einer körperlichen Sache, möge diese vom Eigenthümer, bonae fidei possessor, emphyteuta, superficiarius oder vom Pfandgläubiger ausgehen, eine utilis rei vindicatio, bei der Verpfändung einer Servitut eine utilis confessoria, und bei der Verpfändung eines persönlichen Forderungsrechtes eine utilis actio in personam.

3) M. vergl. Schweppe Röm. Privatrecht 3te Aufl. Altona 1822. §. 327. Mackeldey Lehrbuch des heutigen Röm. Rechtes, 9te Aufl. Giessen 1831. §. 303 und §. 329. Note c. v. Wening Ingenheim Lehrbuch des gem. Civilrechts 4te Aufl. Bd. I. §. 162. Note p. Du Roi Arch. für civil. Praxis Bd. VI. Nr. XIV und XVIII. Letzterer bemerkt ausdrücklich, daß die Vergleichung des Pfandrechtes mit der obligatio nicht die praktischen Folgen habe, wie die Vergleichung der Servituten mit der Unfreiheit, sondern nur eine Reihe von Kunstworten: obligatio

rechtes bekannt, bei welcher aus jenem Gesichtspunkte die innere Natur des pignus entwickelt worden wäre [4]). Es ist aber das Pfandrecht seinem Wesen nach, eine wirkliche obligatio, ein wirkliches Forderungsrecht, und unterscheidet sich von den übrigen Forderungsrechten nur dadurch, daß hier nicht eine Person, sondern eine Sache, als das verpflichtete Subjekt erscheint, und daß eben deßhalb, wenigstens so weit eine körperliche Sache, oder ein an einer körperlichen Sache Statt findendes Recht das verpflichtete Subjekt bildet, nicht eine actio in personam, sondern eine actio in rem zur Geltendmachung desselben gegeben ist, während es sonst ganz die Natur einer obligatio hat, sich also nach unserm Sprachgebrauche als ein dingliches Forderungsrecht darstellt, und deßhalb in einem Systeme des Civilrechtes, wenigstens eben so gut, wenn nicht noch passender, unter die Forderungsrechte gestellt werden kann, als unter die Sachenrechte, nur daß man dann unter persönlichen und dinglichen Forderungsrechten zu unterscheiden hat. Ehe wir aber auf die nähere Entwickelung und Nachweisung des aufgestellten Begriffs und der daraus sich ergebenden Folgen übergehen können, muß vorerst die Frage erörtert werden, ob die dingliche Pfandklage schon im Civilrechte begründet gewesen, oder erst durch den Prätor eingeführt worden sey.

---

rei, vinculum rei u. s. w. bewirke. Es wird sich aber zeigen, daß diese Vergleichung wenigstens eben so wichtige Folgen habe, als die Vergleichung der Servituten mit der Sklaverei.

4) Angedeutet ist jedoch der angegebene Gesichtspunkt schon von Riedel in Hugo's civil. Mag. Bd. V. No. III. S. 116 und 117, und von Mühlenbruch Cession 2te Auflage Greifswald 1826, S. 10. Note 19.

II.

Bekanntlich finden sich im früheren Röm. Rechte drei verschiedene Formen der Verpfändung, die fiducia, das pignus und die hypotheca. Nun sind wir aber genauer unterrichtet über die Natur der schon im neuesten Röm. Rechte veralteten fiducia und deren Verhältniß zu den beiden übrigen Instituten, als über das der letzteren zu einander. So weiß jeder, der nur eine Vorlesung über Röm. Rechtsgeschichte gehört hat, daß durch mancipatio oder in jure cessio einer Sache an den Gläubiger, um ihn wegen seiner Forderung sicher zu stellen, das dominium ex jure Quiritium auf den letzteren übertragen wurde, dem nur in Folge des, der mancipatio oder in jure cessio beigefügten, pactum fiduciae die persönliche, durch das judicum fiducia gegen ihn geltend zu machende, Verbindlichkeit oblag, die Sache nach abgetragener Schuld an den früheren Eigenthümer zurück zu manicipiren oder in jure zu cediren [1]). Daß hier der Gläubiger durch die unbeschränkte Eigenthums-Uebertragung vollständig gesichert war, erhellet von selbst; desto mehr war aber der Verpfänder gefährdet, denn diesem stand, wenn etwa der Gläubiger die Sache veräußert hatte, nur die actio fiduciae auf Ersatz des Interesse zu, welche überdieß durch die mögliche Insolvenz des Gläubigers ebenfalls erfolglos werden konnte.

Daß ferner neben der fiducia schon im frühesten Rechte eine freiere, und für den Verpfänder weniger gefährliche

---

1) Paulus R. S. lib. II. tit. 4 und 13. Gajus com. II. §. 59 und 60. com. IV. §. 33. und 62. Isidorus Hispalensis etymol. lib. V. c. 25. §. 21—24.

Art reeller Sicherheitsbestellung in der Uebergabe einer Sache als Faustpfand (pignus) bestanden, und daß endlich der Prätor, auch ohne jene Uebergabe, an die bloße Uebereinkunft daß eine Sache für die Schuld haften solle, ein Pfandrecht (hypotheca) geknüpft habe, ist gleichfalls allgemein zugegeben; allein welche Rechte schon nach Civilrecht an dem pignus Statt gefunden, ob namentlich dasselbe dem Gläubiger schon eine actio in rem zur Verfolgung seines Rechtes eingeräumt habe, oder ob diese überhaupt erst durch den Prätor eingeführt worden sey, darüber sind die Ansichten, wenigstens unserer neueren Rechtslehrer, verschieden.

Früher dachte man sich das Verhältniß des pignus zur hypotheca allgemein so, daß das pignus, beruhend auf dem contractus pigneratitius, dem Gläubiger ein bloßes Retentionsrecht an der Sache bis zur bezahlten Pfandschuld verschafft habe, womit, in Folge besonderer Uebereinkunft, noch das Recht, die Sache, im Falle die Zahlung zur bestimmten Zeit nicht erfolgte, zum Zwecke seiner Befriedigung zu veräußern, oder auch, sie nach abgelaufener Zahlungsfrist eigenthümlich zu besitzen (pactum commissorium), habe verbunden seyn können. Daneben habe der Prätor dem Gläubiger die Besitz-Interdikte für den Fall der Besitzstörung oder Entsetzung gegeben, der sich dann auch anderer persönlicher Klagen, für welche seine Lage sich eignete, habe bedienen können. Eine dingliche Klage habe aber nach Civilrecht nicht Statt gefunden; diese sey vielmehr rein prätorischen Ursprungs. Zunächst habe nämlich ein Prätor Servius dem Verpächter eines praedium rusticum an den ihm vertragsmäßig verpfändeten Invecten und Illaten, ohne Besitz-Ueberlassung, ein Pfandrecht und zur Verfolgung dieser Sachen eine

dingliche Klage die actio Serviana ertheilt. Diese Klage sey dann durch spätere Prätoren oder durch Interpretation, auf die übrigen Fälle der Verpfändung ohne Eigenthums-Uebertragung, möge damit die Ueberlassung des Besitzes verbunden gewesen seyn (pignus) oder nicht (hypotheca) als actio quasi serviana ausgedehnt worden, die bei dem pignus auch wohl pigneratitia in rem, bei der hypotheca aber hypothecaria heiße, obwohl dieser Sprachgebrauch nicht immer genau beobachtet werde, indem öfter die hypothecaria auch beim pignus und die pigneratitia bei der hypotheca vorkomme, noch häufiger aber unter der einen oder andern Bezeichnung die dingliche Pfandklage überhaupt verstanden werde, wie denn auch die actio Serviana in so allgemeiner Bedeutung sich finde. Uebrigens heiße die dingliche Pfandklage auch vindicatio pignoris oder hypothecae. Für diese Ansicht berief man sich insbesondere auf das Zeugniß Justinian's [2]) so wie die damit übereinstimmende Darstellung des Theophilus [3]) und auf einige Pandekten-Fragmente [4]).

Gegen diese Ansicht von dem Ursprunge der dinglichen Pfandklage trat nun aber von Löhr [5]) auf, und suchte aus allgemeineren, auf die eigenthümliche Fortbildung der Römischen Rechtsinstitute gebauten Gründen,

---

2) §. 7. I. de act. (4. 6.)

3) ad loc. I. cit.

4) fr. 17. §. 2. de pactis (2. 14.) fr. 5. §. 2. de pignor. (20. 1.)

5) Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung von Grolman und von v. Löhr Bd. III. Hft. I. Nr. IV. S. 129—139.

womit er sehr scharfsinnig einzelne Aeußerungen der classischen Juristen in Verbindung brachte, die Unhaltbarkeit jener Ansicht darzuthun, und die zu deren Begründung angeführten Quellen-Zeugnisse zu verdächtigen. Hiernach soll zwar nicht bezweifelt werden können, daß mit der Hypothek, als rein prätorischem Institute, ursprünglich auch allein eine prätorische Klage verbunden gewesen sey, und hierauf soll sich der Ausspruch von Paulus:

„de pignore jure honorario nascitur pacto actio“ [6])

beziehen, auch das sey wahrscheinlich, daß die für den ältesten Fall zuerst eingeführte Klage in der Folge auf die nachher aufgekommenen Fälle (der Hypothek) analog sey angewendet worden, wie dieß Justinian in dem oben citirten §. 7. J. de act. (4. 6.) ausdrücklich sage, und wie dieß auch aus der Vergleichung mit dem interdictum Salvianum hervorzugehen scheine [7]).

Desto unwahrscheinlicher dagegen sey es, daß das Faustpfand welches dem Civilrechte angehöre und viel älter sey als die Hypotheken, mit diesen auf einer Linie gestanden habe. Hiernach sey es unbegreiflich, warum mit diesem Rechte keine eigene dingliche Klage verbunden worden, da diese sogar bei den noch weniger begünstigten Servituten Statt gefunden: es sey noch unbegreiflicher, warum, wenn dieß wirklich der Fall gewesen seyn sollte, der Prätor nicht überhaupt, sondern nur für ein laxeres und viel neueres Verhältniß eine besondere Klage gege-

6) fr. 17. §. 2. de pactis (2. 14.)

7) §. 3. I. de interdictis (4. 15.) fr. 1. 2. de Salv. interd. (43. 33.) c. 1. C. eod. (8. 9.)

den habe, die erst nachher durch Raisonnement auch hierauf habe ausgedehnt werden müssen.

Schon dieß hätte auf die richtige Meinung führen sollen, da die entgegengesetzte Ansicht sich nirgends ausdrücklich aufgestellt finde, sondern nur aus der schon oben erwähnten Institutionen-Stelle gefolgert würde. Dieß hätte um so mehr der Fall seyn müssen, als so viele Stellen ausdrücklich einer vindicatio pignoris (welcher Ausdruck erst in den spätesten Zeiten auch von den prätorischen Klagen gebraucht werde) [8], und einer actio pignoratitia in rem Erwähnung thäten [9], ja diesen die actio Serviana und hypothecaria sehr strenge entgegensetzten:

Est autem personalis haec actio (ad exhibendum), et ei competit, qui in rem acturus est qualicunque in rem actione: etiam pignoratitia, Serviana sive hypothecaria, quae creditoribus competunt [10]).

---

8) fr. 16. §. 3. de pignor. (20. 1.) fr. 29. pr. eod. fr. 12. §. 1. quib. mod. pignus (20. 6.) c. 2. C. Si unus ex plurib. herid. creditoris (8. 32.) Was v. Löhr hier und S. 130. Note 1. und S. 137 und 138. über die ursprüngliche Natur der prätorischen actiones in rem bemerkt, daß diese nämlich anfänglich nur actiones in rem scriptae gewesen und, erst nachdem der Unterschied zwischen vindicatio und actio aufgehört habe, den vindicationes gleich gestellt worden seyen, ist nun durch Gajus berichtigt.

9) fr. 7. §. 12. comm. div. (10. 3.) fr. 3. §. 3. ad exhib. (10. 4.) fr. 13. pr de cond. indeb. (12. 6.) fr. 41. de pignorat act. (13. 7.) fr. 22. de pignorib. (20. 1.) fr. 9. pr. quib. mod. pign. (20. 6.) fr. 11. §. 10. fr. 19 und 30. §. 1. de except. rei jud. (44. 2.) c. 5. C. si aliena res pignori (8. 16.)

10) fr. 3. §. 3. ad exhib. (10. 4.)

Selbst Aeußerungen über die actio Serviana [11]) hätten auf dieses Resultat hinführen sollen.

Demnach glaubt v. Löhr daß statt der gewöhnlichen Grundsätze von den dinglichen Pfandklagen, wenigstens für das Vorjustinianische Recht, folgende aufgestellt werden müßten:

1) Derjenige, dem eine Sache sub fiducia mancipirt worden sey, werde so lange als er dieselbe noch nicht remancipirt habe, gerade so behandelt, als wenn sie ihm unwiederruflich übergeben worden wäre; er habe demnach alle die Civil- und Prätorischen Klagen die ihm in diesem Falle zustehen würden.

2) Diese Klagen hätten weder die Pfand- noch Hypotheken-Gläubiger. Beiden stehe weder die rei vindicatio noch die actio Publiciana [12]) zu. Beide hätten jedoch, sowie der Superficiar und Emphyteuta eine vindicatio utilis [13]).

3) Außer dieser Klage habe der Pfandgläubiger die actio pignoratitia gehabt, wenn das Pfandrecht schon von Anfang an giltig bestanden und die Sache sich im Römischen Eigenthume des Schuldners befunden habe [14]). Wäre dieß zwar der Fall, jedoch ein Grund vorhanden gewesen, warum diese Klage nach der Strenge nicht habe Statt finden können, so sey häufig eine actio pignoratitia utilis

11) fr. 18. 21. §. 1. de pignorib. (20. 1.)

12) fr. 13. §. 1. de Publiciana (6. 2.)

13) fr. 16. de Servitutib. (8. 1.)

14) fr. 7. §. 12. comm. div. (10. 3.) fr. 3. §. 3. ad exhib. (10. 4.) fr. 11. §. 10. fr. 19. 30. §. 1. de except. rei jud. (44. 2.)

gegeben worden[15]; wäre die Sache nicht im Römischen Eigenthume des Verpfänders, sondern nur im natürlichen gewesen, so habe die actio Serviana Statt gehabt, die sich zu der actio pignoratitia verhalten habe wie die Publiciana zu der rei vindicatio[16].

4) Statt dieser Klagen habe der creditor hypothecarius die actio Serviana gehabt, welche zuerst bei dem Verpächter eines praedium rusticum ertheilt, nachher analog auf alle Hypotheken angewendet worden sey. Diese letztere pflege auch actio quasi Serviana oder hypothecaria genannt zu werden[17]; jedoch sey es sehr gewöhnlich, auch ihr den Namen actio Serviana beizulegen[18]. Von dieser quasi Serviana sey die actio Serviana utilis sehr verschieden; diese stehe zu der Serviana in einem ähnlichen Verhältnisse wie die pignoratitia utilis zur pignoratitia[16].

Der in Vorstehendem aufgestellten von Löhr'schen Theorie über den Ursprung der dinglichen Pfandklage

---

15) fr. 13. pr. de cond. indeb. (12. 6.) fr. 41. de pignerat. act. (13. 7.) fr. 22 de pignorib. (20. 1.) c. 5. C. si aliena res pignori (8. 16.)

16) fr. 18. fr. 3. fr. 21. §. 1. de pignorib. (20. 1.)

17) §. 7 und 31. I. de act. (4. 6.) fr. 13. §. 1. ad Sctum Vell. (16. 1.)

18) fr. 36. de noxalib. act. (9. 4.) fr. 29. fam. hercisc. (10. 2.) fr. 17. §. 1. ad Sctum Vell. (16. 1.) fr. 7. 10. de pignor. (20. 1.) fr. 2. 4. quib. mod. pign. (20. 6.) fr. 34. §. 2. fr. 35. 66. de evict. (21. 2.) fr. 2. de Salv. interd. (43. 33.) c. 14. C. de O. et A. (4. 10.) c. 19. C. de usuris (4. 32.) c. 6. C. Si aliena res pignori (8. 16.)

19) fr. 1. §. 2. fr. 10. de pignor (20. 1.) fr. 1. pr. quib. modis pignus (20. 6.)

und das Verhältniß der actio pignoratitia in rem zur actio Serviana, sind nun auch, wohl hauptsächlich wegen der großen Autorität ihres Urhebers, sehr viele von den neueren Rechtslehrern beigetreten, wie namentlich Hugo[20]), von Schröter[21]), Müller[22]), Zimmern[23]); während Andere, z. B. Schweppe[24]), zweifelhaft sind; selbst Glück[25]), obgleich er sich für die ältere Ansicht erklärt, hält es nur nicht für wahrscheinlich, daß wegen des Faustpfandes schon eine ältere dingliche Klage nach dem Civilrechte Statt gefunden haben solle. Ich konnte mich dagegen niemals von der Wahrheit der von Löhr'schen Theorie überzeugen, hoffe vielmehr, daß es mir gelingen werde dieselbe aus inneren Gründen zu widerlegen, und so die Richtigkeit der älteren Ansicht, die auch unter den Neueren stets ihre Verfechter und Anhänger gefunden hat[26]), darzuthun.

Das was man bei der von Löhr'schen Darstellung hauptsächlich vermißt, ist, daß man nirgends über die

---

20) Rechtsgeschichte zehnte Aufl. Berlin, 1826. S. 494 und 495.

21) Ueber den abgeleiteten Besitz in Linde's Zeitschrift Bd. II. Hft. 2. No. VII. S. 259 und 260.

22) Beiträge zur Lehre vom Pfandrechte im Archiv für civ. Praxis Bd. XI. No. XVII. S. 393 flgde.

23) Geschichte des Röm. Privatrechts Bd. III. §. 65.

24. Röm. Rechtsgeschichte 3te Aufl. herausgegeben von Gründler Göttingen 1832. §. 287 a. E. vergl. mit §. 266. S. 487.

25) Commentar Bd. XVIII. §. 1083. S. 309 flgde.

26) Du Roi im Archiv für civ. Praxis Bd. VI. No. XVIII. §. 17. S. 399. flgde. Francke Abhandlungen No. 2. S. 103 flgde. Mackeldey Lehrbuch §. 325 a. Mayer die Litis-Cont-

Natur des pignus als eines schon im Civilrechte mit einer dinglichen Klage versehenen Rechtes, eine genauere Bestimmung findet, und daß nirgends angegeben ist, wie das pignus, als dingliches Recht, nach Civilrecht habe bestellt und beziehungsweise erworben werden können, und doch scheint hierauf für die Beantwortung der vorliegenden Frage Alles anzukommen.

Nehmen wir einmal an, daß das pignus schon im Civilrechte als dingliches Recht nach Art der Servituten anerkannt gewesen sey, so konnte es, als unkörperliches Recht, nicht durch mancipatio entstehen, sondern blos durch in jure cessio; denn durch jene konnten, mit Ausnahme der servitutes praediorum rusticorum nur körperliche Gegenstände auf einen Andern übertragen werden, während die in jure cessio nach Civilrecht gerade die eigenthümliche Uebertragungsart unkörperlicher Rechte war:

In jure cedi res etiam incorporales possunt, velut ususfructus et hereditas et tutela legitima [27]).

Item fere omnia, quae incorporalia sunt, nec mancipi sunt, exceptis servitutibus praediorum rusticorum nam hae quidem mancipi res sunt, quamvis sint ex numero rerum in corporalium [28]).

Nun findet sich aber nirgends eine Spur davon, daß

---

statio I. Abth. Stuttgart 1830. S. 31. und das Röm. Recht im Grundrisse Stuttgart 1831. S. 218. Gesterding Pfandrecht 2te Aufl. §. 46, welcher übrigens die hier zu behandelnde Streitfrage gar nicht berührt. Roßhirt in seiner Zeitschrift für Civil- und Criminal-Recht Hft. 1. S. 4. u. ff.

27) Ulpian. fragm. XIX. 11. cf. Gajus Com. II. §. 29—30. 33 flgde. Fr. Vat. §. 4 5 und 47.

28) Gajus II. 17. cf. §. 23. und Ulp. fragm. XIX. 1.

das Pfandrecht durch in jure cessio sey bestellt worden, und es läßt sich auch eine solche Bestellung des Pfandrechtes in keiner Weise annehmen; denn hätte es durch in jure cessio sollen bestellt werden können, so müßte es eine vindicatio des Pfandrechtes als solchen geben, was doch nicht der Fall ist. Auch wäre es dann unbegreiflich, warum es keine possessio oder quasi possessio des Pfandrechtes und keinen Erwerb desselben durch usucapio oder wenigstens durch longi temporis possessio gäbe; es wäre unbegreiflich, warum der Prätor für den Erwerb der hypotheca (als des prätorischen Pfandrechtes) schon das bloße pactum für hinreichend erklärt, und nicht, hier wie sonst, die dingliche Klage an die traditio oder quasi traditio geknüpft habe; es wäre endlich auch unbegreiflich, warum der Pfandgläubiger, wenn auch bona fides auf seiner Seite vorhanden ist, dennoch keine Publiciana haben soll. Das letztere erklärt sich auch keineswegs daraus, daß durch die Serviana schon für diesen Fall gesorgt gewesen sey, wie v. Löhr[29]) glaubt; denn einmal ist ja die Serviana nicht an die eigne bona fides des Pfandgläubigers[30]), sondern an das Vorhandenseyn der Bedingungen

29) A. a. O. S. 135. Note 2.

30) Den Fall, wo es in der Person des Verpfänders selbst an den Bedingungen der Publiciana gebrach, der Pfandgläubiger aber denselben für den Eigenthümer hielt, behandelt Papinian in fr. 1. §. 1. de pign. (20. 1.) und giebt dem Pfandgläubiger in diesem Falle eine utilis pignoratitia, jedoch nicht gerade wegen seiner bona fides, sondern nur wenn der Verpfänder nachher das Eigenthum an der verpfändeten Sache erwerbe. Schon hieraus erhellet, daß der spätere Eigenthums-Erwerb von Seite des Verpfänders der eigentliche Grund der utilis pignoratitia ist, nicht aber gerade der Umstand, daß der Pfandgläubiger den Ver-

der Publiciana bey dem Verpfänder geknüpft, und sodann steht doch wohl, wenn wir auch über die Entstehungszeit der actio Serviana nicht volle Gewißheit haben, so viel

---

pfänder zur Zeit der Verpfändung für den Eigenthümer gehalten habe. Zwar sagt Papinian: „difficilius creditori qui non ignoravit alienum utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio;“ allein hierin liegt ja, daß er selbst für diesen Fall eine Klage für möglich hielt, obgleich zur Begründung derselben etwas mehr erforderlich sey, als zur Begründung der retentio. Letztere nämlich wird deßhalb beim pignus in der Regel zu gestatten seyn, weil der Verpfänder doch immer die Besitz-Ueberlassung anerkennen muß; während zur Begründung des Pfandrechtes selbst und sonach auch der Pfandklage noch außerdem die auf Erwerbung des Pfandrechtes gerichtete ernstliche Absicht des Gläubigers erforderlich ist. Diese ist aber dadurch, daß der Gläubiger weiß, die Sache sey eine fremde, nicht schlechthin ausgeschlossen, und sonach muß da, wo diese ernstliche Absicht vorhanden war, mit dem späteren Erwerbe der Sache durch den Verpfänder, das Pfandrecht ein wirkliches werden, woraus dem Gläubiger, je nach seiner Lage, eine exceptio oder auch eine actio zusteht. Ernstlich ist aber die Absicht, obgleich der Gläubiger weiß, die Sache sey eine fremde, wenn derselbe z. B. die Möglichkeit des spätern Erwerbs der verpfändeten Sache durch den Verpfänder im Auge hat, wo ihm im Falle des spätern Erwerbs der Sache durch den Verpfänder gewiß die Pfandklage nicht abgesprochen werden kann. Umgekehrt wird aber da, wo es an jener Ernstlichkeit auf Seite des Gläubigers fehlte, sollte er auch im Besitz der Sache sich befinden, selbst eine exceptio ihm nicht gestattet werden können, fr. 25, de pign. (20 1.) Auf diese Weise vereinigt sich diese Stelle recht gut mit fr. 41. de pignerat. act. (13. 7.) vergl. mit fr. 7. §. 2. ad Sctum Maced. (14. 6.) c. 5. C. si aliena res pignori (8. 16.) ohne daß man der gesuchten Erklärung Mayer's im Archiv für civ. Praxis Bd. IX. Hft. 2. S. 246. ff. bedarf, oder mit Müller ebendas. Bd. XI. S. 392. ff. dem fr. 1. §. 1. cit. nur historischen Werth beizulegen braucht. Schwierigkeit macht noch in

fest, daß die Publiciana älteren Ursprungs sey, als die Serviana und daß demnach, wäre das pignus schon im Civilrechte als dingliches Recht anerkannt, und hier die

---

anderer Beziehung das fr. 41. de pignerat. act. cit. in Verbindung mit fr. 22. de pign. (20. 1); welche Stellen sich gerazu zu widersprechen scheinen, indem Paulus in fr. 41. cit. dem Gläubiger die Pfandklage für den Fall abzusprechen scheint, wo der Eigenthümer nachher Erbe des Verpfänders geworden ist, während Modestinus in fr. 22. cit. auch in diesem Falle die Pfandklage zuläßt Allein ein Widerspruch ist auch hier nicht vorhanden. Paulus leugnet nur, und zwar ganz mit Recht, daß gegen den, den Verpfänder beerbt habenden, Eigenthümer die Pfandklage aus dem Grunde zuläßig sey, aus welchem sie gegen den das Eigenthum später selbst erwerbenden Verpfänder Statt finde, nämlich wegen seines dolus: hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori; Modestinus dagegen läßt die Pfandklage gegen den Erben als Erben zu, da ja der Erbe die vom Erblasser vorgenommenen Verfügungen, selbst soweit sie eigene Gegenstände des Erben betrafen, anerkennen muß; fr. 1. §. 1. de except. rei. venditae et trad. (21. 3.) c. 3. C. de reb. alien. non alienand. (4. 51.) c. 4. C. de revocandis his quae in fraud. cred. [7. 75.] c. 14. C. de evict. (8. 45.) Dabey bleibt aber der Gesichtspunkt des Paulus immer wichtig; denn demnach wird die Pfandklage gegen den Erben nicht zuläßig seyn, wenn dieser die Erbschaft als Universal-Fideicommiß restituirt, oder dieselbe cum beneficio inventarii angetreten hat, wie dieß der Fall seyn würde, wenn ihn selbst ein dolus träfe. Ja es läßt sich sogar ein Fall denken, wo die persönliche Schuldklage gegen den Erben fordauert, während die dingliche Pfandklage ausgeschlossen ist; denn wenn der Erblasser für die Schuld des Erben dessen Sache verpfändet hatte und der Erbe dann die Erbschaft als Universal-Fideicommiß restituirt, so haftet er zwar immer noch als persönlicher Schuldner, aber die dingliche Pfandklage ist gegen ihn, obgleich er Eigenthümer der verpfändeten Sache ist,

dingliche Klage daran geknüpft gewesen, daß die Sache im Röm. Eigenthume des Verpfänders sich befunden habe, nicht zu erklären wäre, warum hier vom Prätor noch eine besondere Klage für einen Fall eingeführt worden sey, für welchen jedenfalls schon die Publiciana hingereicht hätte. Soviel muß demnach zugegeben werden, daß das Pfandrecht, sollte es schon im Civilrechte als dingliches Recht anerkannt gewesen seyn, nicht durch in jure cessio habe begründet werden können; ja wenn, wie nachgewiesen werden soll, das Pfandrecht nur eine obligatio (rei) ist, so ist es geradezu gewiß, daß dasselbe durch in jure cessio nicht entstehen konnte, weil nämlich obligationes überhaupt nicht auf diese Art begründet werden konnten:

Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt, nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum, sed opus est, ut jubente me, tu ab eo stipuleris: quae res efficit, ut a me liberetur, et incipiat tibi teneri, quae dicitur novatio obligationis. Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea, quasi cognitor aut procurator meus, experiri [31]).

Zwar spricht Gajus hier zunächst von der Uebertragung einer schon bestehenden Obligation, nicht aber von der ersten Begründung einer solchen; allein es unterliegt keinem Zweifel, daß eine Obligation durch in jure cessio

---

nicht begründet: „neque utique sufficit ad competendam utilem pigneratitiam actionem eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet.“

31) Gajus II. §. 38 und 39.

auch nicht entstehen konnte, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil bei einer obligatio keine vindicatio zulässig ist [32].

Daß ferner das Pfandrecht, als schon im Civilrechte begründetes dingliches Recht, nicht durch traditio habe entstehen können, wird eben so wenig geläugnet werden können, da auch die traditio nur eine Uebertragungsart körperlicher Sachen ist:

Incorporales res traditionem non recipere, manifestum est [33];

und ohnehin ein Institut des Civilrechtes durch bloße traditio nicht herbeigeführt werden konnte:

In re nec mancipi per traditionem deduci ususfructus non potest, nec in homine, si peregrino tradatur. Civili enim actione constitui potest, non traditione, quae juris gentium est [34].

Es wird aber in unsern Quellen noch geradezu gesagt, daß das dingliche Pfandrecht, selbst bei dem pignus, nicht an die traditio, sondern an die conventio geknüpft sey. Deutlich sprechen sich darüber aus folgende Stellen:

Ulpianus libro XI. ad Sabinum. Pignus contrahitur non solum traditione sed etiam nuda conventione. §. 1. Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an, si quis aurum ostenderit, quasi pignori daturus, et aes dederit, obligaverit aurum pignori? Et consequens est, ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserunt [35].

32) Gajus II. §. 24. Ulp. XIX. §. 9 und 10.
33) Gajus II. §. 28. cf. §. 19.
34) Fr. Vat. §. 47.
35) fr. 1. de pignoratitia act. (13. 7.)

Die Stelle steht im Titel de pigneratitia actione; welche Klage, als aus dem Pfandkontrakte entspringend, immer die Perfection des Contrakts, also die wirkliche Ueberlieferung der Sache an den Pfandgläubiger zum Zwecke der Real-Sicherheit, voraussetzt [36]). Ulpian will aber zeigen, daß auf die Perfektion des Contraktes rücksichtlich der Entstehung des Pfandrechtes selbst Nichts ankomme, daß dieses vielmehr schon mit der bloßen Uebereinkunft, eine bestimmte Sache als Faustpfand zu überliefern, erworben sey, wenn es auch später nicht zur Ueberlieferung komme, oder eine andere Sache als die ursprünglich bestimmte überliefert werde. Ein Faustpfand ist dann freilich an der fraglichen Sache nicht begründet, aber doch ein Pfandrecht.

Ulpianus libro XXVIII. ad Edictum. Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non adquiritur: adeo ut ne per procuratorem plerumque vel tutorem adquiratur: et ideo ipsi actione pigneratitia convenientur. Sed nec mutat quod constitutum est ab imperatore nostro, posse per liberam personam possessionem adquiri: nam hoc eo pertinebit, ut possimus pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem vel tutorem adprehendere, ipsam autem obligationem libera persona nobis non semper adquiret [37]).

Diese Stelle beweiset den Satz, daß das Pfandrecht selbst beim pignus nicht an den Besitz gebunden sey, insofern ganz offenbar, als, wäre das Pfandrecht beim pignus

---

36) §. 4. I. quib. mod. re contrah. obl. (3. 14.) fr. 9. §. 2. de pignorat. act. (13. 7.)

37) fr. 11. §. 6. de pignorat. act. (13. 7.)

an den Besitz geknüpft, dasselbe nothwendig per procuratorem erworben werden müßte, da alle Rechte, welche durch den Besitz bedingt sind, zugleich mit diesem per procuratorem erworben werden [38]), was jedoch der Jurist in Beziehung auf das Pfandrecht läugnet, obgleich er den Besitzerwerb bei dem pignus per procuratorem zugiebt, woraus ganz deutlich erhellet, daß das Pfandrecht auch beim pignus von dem Besitze ganz unabhängig sey.

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

Si priori hypotheca obligata sit, nihil vero de venditione convenerit, posterior vero de hypotheca vendenda convenerit: verius est priorem potiorem esse; nam et in pignore placet, si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem [39]).

Marcian setzt hier das pignus der hypotheca entgegen, und bemerkt, daß auch beim ersteren das Pfandrecht mit der bloßen Uebereinkunft beginne, mithin derjenige, dem eine bestimmte Sache früher als Faustpfand zu überliefern sey versprochen worden, wenn sie ihm gleich nicht sey überliefert worden, dennoch demjenigen vorgehe, dem sie als Faustpfand später wirklich sey überliefert worden.

Eben so deutlich sprechen sich über den angegebenen Gesichtspunkt noch folgende Stellen aus:

Papinianus libro XXIII. quaestionum.

Non mutat usucapio superveniens pro emtore vel

38) Pauli R. S. V. tit. 2. §. 2. Gajus II. §. 95. §. 5. I. per quas personas nob. acquir. (2. 9.)

39) fr. 12. §. 10. qui potiores (20. 4.)

B*

pro herede, quo minus pignoris persecutio salva sit; ut enim ususfructus usucapi non potest, ita persecutio pignoris quae nulla societate dominio conjungitur, sed sola conventione contsituitur, usucapione rei non perimitur [40]).

Imperatores Severus et Antoninus Rogato.

Cum constet pignus consensu contrahi: non dubitamus eum qui emtiones agrorum suorum pignori posuit, de ipsis agris obligandis cogitasse [41]).

Konnte demnach das pignus als dingliches Recht nach Civilrecht auch nicht durch traditio entstehen, so würde, wenn das pignus schon nach Civilrecht eine dingliche Klage begründet haben sollte, nur noch der Gesichtspunkt übrig bleiben, daß schon das Civilrecht bei dem pignus eine obligatio rei angenommen, und diese mit dem Pfandkontrakte selbst verbunden habe, und zwar entweder so, daß an die bloße conventio das dingliche Recht geknüpft gewesen, oder so, daß dasselbe erst mit der Perfection des Kontraktes, also mit der Ueberlieferung der Sache an den Gläubiger entstanden sey, wobei jedoch, wie nachgewiesen, jene Wirkung nicht an die Ueberlassung des Besitzes, sondern lediglich an die Perfection des des Kontraktes hätte geknüpft seyn können. Zunächst steht aber der Annahme daß schon im älteren Civilrechte mit der bloßen conventio pignoris eine dingliche Klage verbunden gewesen sey, der Umstand entgegen, daß sich

40) fr. 44. §. 5. de usurpat. (41. 3.) cf. fr. 33. §. 5. eod. fr. 29. §. 1. de except. rei jud. (44. 2.) fr. 66. pr. de furtis. (47. 2.)

41) c. 2. C. quae res pignori (8. 17.) cf. c. 2. C. de remiss. pign. (8. 26.)

dann nicht einsehen ließe, wie Paulus habe sagen können: de pignore jure honorario nascitur ex pacto actio [42]); denn war die dingliche Klage schon bei dem civilrechtlichen pignus nicht an die Ueberlieferung der Sache, sondern an die bloße conventio gebunden, so wäre es auffallend, warum nicht die Römischen Juristen nun überhaupt mit jeder Uebereinkunft, daß eine Sache für eine Schuld haften solle, auch wenn es in Folge der Uebereinkunft nicht zur Ueberlieferung der Sache kam, die dingliche Klage zugelassen, sondern es hierfür erst einer besonderen Bestimmung des prätorischen Ediktes bedurft hätte. Außerdem ist aber auch nach der oben angeführten Stelle von Marcianus [43]) soviel gewiß, daß bei dem pignus das Pfandrecht ursprünglich nicht mit der conventio verbunden gewesen sey, sondern daß man dieß erst angenommen habe, nachdem durch den Prätor an die bloße Uebereinkunft eine Sache zu verpfänden, eine obligatio rei mit einer actio in rem geknüpft worden war, denn Marcianus sagt: nam et in pignore placet si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem; das placet zeigt aber, daß jener Satz erst auf dem Wege der Interpretation angenommen worden sey. Zugleich geht aber aus dieser Stelle soviel hervor, daß die Ausdehnung der Serviana, wenigstens auf das pignus, nicht einem besondern prätorischen Edikte, sondern vielmehr nur der consequenten Erweiterung derselben durch die Juristen zuzuschreiben sey, was dann wohl gleichmäßig auch bei der Hypothek anzunehmen seyn wird, da sich keine Stelle findet, welche

42) fr. 17. §. 2. de pactis (2. 14.)

43) fr. 12. §. 10. qui potiores (20. 4.)

darauf hindeutet, daß die Ausdehnung der Serviana auf die übrigen Fälle der Hypothek durch spätere Prätoren geschehen sey.

Soviel wäre also wieder gewiß, daß die dingliche Pfandklage nach Civilrecht beim pignus nicht mit der bloßen conventio begründet gewesen sey, sondern daß dieser Satz jedenfalls erst dem prätorischen Edikte angehöre. Es bliebe also nur noch der andere oben als möglich aufgestellte Fall übrig, daß die obligatio rei mit der dinglichen Klage beim pignus nach Civilrecht erst mit der Perfektion des Kontraktes eingetreten sey. Hiergegen könnte man zunächst erinnern, daß der Gedanke einer obligatio rei, als auf bloßer Abstraktion beruhend, wohl schwerlich schon dem ältesten Römischen Rechte, sondern vielmehr erst dem späteren mehr ausgebildeten Rechtszustande angehöre; allein hierdurch wäre denn doch die Unmöglichkeit jenes Gedankens nicht bewiesen, und deßhalb soll ein weiteres Gewicht hierauf nicht gelegt werden. Zugegeben also, daß schon das Civilrecht beim pignus eine obligatio rei angenommen, und damit eine actio in rem verknüpft habe, würde nach der obigen Ausführung doch so viel gewiß seyn, daß, nachdem der Prätor eine solche obligatio rei schon mit der bloßen Uebereinkunft angenommen und hiermit eine dingliche Klage verbunden hatte, man dieß auch auf das pignus ausgedehnt, mithin auch hier das dingliche Pfandrecht schon mit der bloßen Uebereinkunft habe eintreten lassen, wonach dann im neueren Rechte die dingliche Pfandklage doch immer nur als prätorische erscheinen und somit die Darstellung Justinians in §. 7. I. de act. (4. 6.) gerechtfertigt seyn würde. Es dürfte sich aber zeigen lassen, daß eine dingliche Klage, wie sie nach unseren Quellen dem Pfandgläubiger zugeschrieben wird, nach

Civilrecht nicht habe Statt finden können. Nehmen wir einmal mit v. Löhr an, daß nach Civilrecht bei dem pignus für den Fall daß der Verpfänder die Sache im Römischen Eigenthume gehabt habe, eine utilis rei vindicatio eingetreten wäre, so hätte, zur Zeit des Verfahrens per formulas, die intentio der dinglichen Pfandklage auf das dominium ex jure Quiritium des Verpfänders zur Zeit der Verpfändung, die condemnatio aber auf die Person des Pfandgläubigers gestellt, mithin die Klage gegen den dritten Besitzer etwa folgender Gestalt concipirt werden müssen:

I. E. Quod Publius Maevius Numerio Negidio hominem pignori dedit (vel obligavit).

Si paret illum hominem tunc temporis ex jure Quiritium Publii Maevii fuisse,

Iudex quanti ea res erit, tantam pecuniam Lucium Titium (possessorem) Numerio Negidio condemna, si non paret absolvito [44]).

Da nun das pignus jedenfalls schon zur Zeit der XII. Tafeln vorkam [45]) so erhellet, daß damals eine utilis rei vindicatio, wie sie nach unsern Quellen dem Pfandgläubiger zusteht, nicht vorkommen konnte, weil eben zu jener Zeit, wenige Fälle, unter denen aber die Verpfändung nicht genannt wird, ausgenommen, Niemand alieno nomine klagen konnte [46]). Gerade in diesem Umstande lag ein hauptsächlicher Grund des Institutes der

---

44) Gajus IV. §. 86 und 87. vergl. mit §. 35.

45) fr. 238. de V. S. (50. 16.)

46) Gajus IV. §. 82. ...cum olim. quandiu... legis actiones in usu fuissent, alterius nomine agere non liceret, (nisi) pro populo et libertatis causa. pr I. de iis per quos

fiducia; denn sollte Jemanden für seine Forderung dingliche Sicherheit in der Art geleistet werden, daß er selbst die Sache vor Gericht von jedem dritten Besitzer in Anspruch nehmen könne, so konnte dieß nicht anders geschehen als durch Uebertragung des Eigenthums oder sonstigen dinglichen Rechtes selbst, weil eben ein Auftreten alieno nomine unmöglich war, gerade wie dieser Umstand auch der fiducia cum amico contracta, quo tutius res nostrae apud eum essent [47]), zu Grunde lag.

Nach der bisherigen Ausführung dürfte es keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß die dingliche Pfandklage nicht schon im Civilrechte für das pignus gegründet, sondern überhaupt erst durch den Prätor eingeführt worden sey. Ehe wir jedoch auf die Bestimmung der Natur dieser Klage und des Verhältnisses der actio Serviana zur quasi Serviana und beider zur rei vindicatio und Publiciana übergehen, dürfte es passend, ja sogar nöthig seyn, erst auf die Begründung der oben aufgestellten Ansicht, daß das Pfandrecht seinem innern Wesen nach, sich als eine obligatio rei darstelle, zurückzugehen.

III.

Alle Rechte beziehen sich entweder auf Personen oder auf Sachen. Daß nun bei jenen ein erheblicher

---

agere possumus (4. 10.) cum olim in usu fuisset, alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Praeterea lege Hostilia permissum erat furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent, aut reipublicae causa abessent, quive in eorum cujus tutela essent.

47) Gajus II. §. 60.

Unterschied davon abhänge, ob die fragliche Person selbst der privatrechtlichen Herrschaft des Berechtigten in größerem oder geringerem Umfange unterworfen sey, oder ob dieselbe von der privatrechtlichen Gewalt des Berechtigten unabhängig, zu letzterem bloß in einem solchen äußern Beziehungs-Verhältnisse stehe, daß dieser irgend einen Anspruch durch Vermittelung der Staatsgewalt gegen sie geltend machen könne, ist an sich nie verkannt worden, und konnte auch, nach den klaren Aussprüchen unserer Quellen, nicht wohl verkannt werden, obgleich man jenes Unterschiedes sich nicht immer vollkommen klar bewußt war, und zum Theile noch ist, wenigstens insofern, als man einzelnen Entscheidungen des Römischen Rechts, die sich bloß als consequente Folgen jenes Unterschiedes darstellen, oft ganz andere Gesichtspunkte unterstellt. Die ersteren Rechte gehören zu dem jus personarum der Römer, die letzteren zu dem jus obligationum. Dagegen hat man bei den Rechten welche in Beziehung auf Sachen Statt finden, bisher einen solchen Unterschied nicht angenommen, vielmehr sich diese immer als solche Rechte gedacht, kraft deren die fragliche Sache stets in größerem oder geringerem Umfange der privatrechtlichen Herrschaft des Berechtigten unterworfen erscheine. Daß aber die Annahme eines ähnlichen Unterschiedes bei den Rechten an Sachen wie bei den in Beziehung auf Personen Statt findenden, zunächst nichts juristisch Widersprechendes in sich enthalte, dürfte wohl nicht geläugnet werden können, da sich recht wohl Rechte denken lassen, kraft deren Jemand unmittelbar in Beziehung auf eine Sache als berechtigt erscheint, ohne daß diese selbst seiner privatrechtlichen Herrschaft in bestimmter Beziehung als unterworfen zu betrachten wäre, bei welchen vielmehr die Sache zu

demselben in einem ähnlichen Verhältnisse gedacht werden müßte, wie der Schuldner zu seinem Gläubiger, indem dieselbe von der privatrechtlichen Herrschaft des Berechtigten unabhängig, von demselben nur vermöge der öffentlichen Gewalt in Anspruch genommen werden könnte, mit andern Worten, daß auch bei den Rechten an Sachen sich ein bloßes Beziehungs-Verhältniß des Berechtigten zur fraglichen Sache ohne materielle Unterwerfung der Sache unter die Privatgewalt des letzteren denken lasse. Es fragt sich demnach nur, ob das positive Recht wirklich diesen Gesichtspunkt bei bestimmten Rechten an Sachen aufgefaßt habe. Wir glauben nun daß dieß gerade bei dem Pfandrechte geschehen sey, so daß dieses nach unseren Quellen vollkommen als obligatio rei sich darstelle, und es ist nun unsere Aufgabe die Gründe anzuführen aus welchen jene Annahme gerechtfertigt wird. Hierbei sollen nun die äußeren aus der gewöhnlichen Bezeichnung des Pfandrechtes entnommenen Gründe vorausgeschickt, und dann sollen wenigstens die wichtigsten der, auf jenem Gesichtspunkte beruhenden, die innere Natur des Rechtes selbst bestimmenden und nur aus demselben erklärlichen, Folgen aufgeführt werden.

Es hat in der neueren Zeit insbesondere Riedel [1]), darauf aufmersam gemacht, daß bei dem Pfandrechte ganz dieselben Ausdrücke in den Quellen gebraucht werden, welche bei den persönlichen Forderungsrechten vorkommen, woraus sich dann auf eine innere Aehnlichkeit beider Verhältnisse schließen lasse. Es ist jedoch auf diese Bemerkung selbst in der neuesten, einer umfassenden Darstellung

---

1) A. a. O.

2) Gesterding Pfandrecht 2te Aufl. Greifswald 1831.

des Pfandrechts gewidmeten Schrift [2]) auch gar keine Rücksicht genommen, so daß dieß keiner der geringsten der jene Schrift treffenden Vorwürfe sein dürfte.

Zunächst wird für verpfänden außer den Ausdrücken: „pignorare [3])“ „pignori vel hypothecae ponere“ oder „deponere“ [4]) „pignori vel hypothecae dare“ [5]) oder „trade-

3) §. 2. I. de vi bon. rapt. (4. 2.) fr. 52. §. 1. de pactis (2. 14.) fr. 9. §. 4. de dolo malo (4. 3.) fr. 18. de R. V. (6. 1.) fr. 36. de nox. act. (9. 4.) fr. 3. §. 12. ad exhib. (10. 4.) fr. 12. §. 6. religios. (11. 7.) fr. 5. §. 17. de tribut. act. (14. 3.) fr. 39. pr. de contr. emt. (18. 1.) fr. 38. §. 3. und 4. de leg. 3. fr. 15. de dote praeleg. (33. 4.) fr. 24. §. 10. fr. 45. de fideicom. libert. (40. 5.) fr. 8. §. 2. de liberali causa (40. 12.) fr. 5. pro. emt. (41. 4.) fr. 15. §. 5. de re jud. (42. 1.) fr. 1. §. 33. de vi (43. 16.) fr. 14. §. 3. de divers. temporal. (44. 3.) fr. 26. de solut. (46. 3) fr. 14. §. 14. de furtis (47. 2.) fr. 19. §. 6. fr. 47. §. 4. eod. fr 1. §. 10. si is qui testam. liber. (47. 4.) fr. 1 §. 22. de vi bon. rapt. (47. 8.) c. 21. C. de sacris eccl. (1. 2.) c. 6. C. ad Sctum Vell. (4. 29.) c. 22. C. C. de admin. tut. (5. 37.) c. 1. C. de crim. stell. (9. 34.) u. a. m. Die in den vom Pfandrechte insbesondere handelnden Titeln vorkommenden Stellen sind hier, wie in den folgenden Noten, übergangen

4) Paulus R. S. II. 5. §. 1. fr. 36. de condict. indeb. (12. 6.) fr. 27. de pignorat act. (13. 7.) fr. 33. §. 2. de leg. 3. fr. 38. pr. eod.

5) Paulus R. S. II. 5. §. 2. 31. §. 16. III. 6. §. 16. V. 1. §. 1. Gajus III. 200. §. 12. I. de leg. [2. 20.] §. 20. I. de inutilib. stipulat. [3. 20.] fr. 9. §. 4. de dolo [4. 3] fr. 19. pr. de heredit. petit. [5. 3.] fr. 25. §. 14. fr. 54. §. 1. eod. fr. 39. §. 1 de R. V. [6. 1.] fr. 9. §. 1. de Publiciana in rem [6. 2] u. a. m. Ueberhaupt ist der Ausdruck

re" [6]), am häufigsten der Ausdruck „obligare" gebraucht, nämlich „rem" oder auch „pignus vel hypothecam obligare" [7]), „rem pignori vel hypothecae

---

„pignori dare" (wo aber das dare wie bei commodare in seinem weiteren Sinne steht] sehr häufig, und bezog sich ursprünglich freilich nur auf das pignus; später aber gebrauchte man den Ausdruck „pignori dare" für jede Verpfändung, also auch für die bloße Hypothek: fr. 68. pr. de furtis [47. 2.] weßhalb nun auch geradezu gesagt wird „pignori vel hypothecae dare": fr. 81. pr. de contrah. emt. [18. 1.] fr. 73. §. 2. de leg. 3. c. 4. C. de pignorat. act. [4. 24.] c. 3. C. de legatis [6. 37.] c. 8. §. 5 C. de bonis quae liberis [6. 61.] Häufig heißt es auch „pignus dare": fr. 8. §. 15. de transact. [2. 15.] fr. 32 pr. de neg. gest. [3. 5.] fr. 10. §. 1. quod metus causa [4. 2.] fr. 14. §. 1. de pecunia const. [13. 5.] fr. 21. §. 2. eod. u. a. m. „hypothecam dare": fr. 37. de acq. poss. [41. 2.] c. 3. C. comm. de leg. [6. 43.] u. a.

6] fr. 50. §. 1. de jure dot. [23. 3.] fr. 36. de acq. poss. [41. 2.] fr. 4. §. 8. de doli mali except. [44. 4.] fr. 16 de O. et A. [44. 7.] fr. 68. pr. de furtis [47. 2.] c. 1. C. de servo pignori dato [7. 8.] u. a.

7] Paulus R. S. I. 9. §. 8. V. 6. §. 16. Fr. Vat. §. 266. §. 5. I. de leg [2. 20.] §. 1. s. f. I. de oblig. quae qasi ex contractu [3. 27.] — fr. 8. §. 15. de trancact [2. 15.] fr. 7. §. 3. de minorib. [4. 4.] fr. 3. quod jussu [15. 4.] fr. 28. §. 1. fr. 29. pr. ad Sctum Vell. [16. 1.] fr. 38. pr. fr. 60. §. 4. mandati [17. 1.] fr. 81. pr. de contrah. emt. [18. 1.] fr. 11. §. 16. de A. E. V. [19. 1.] fr. 13. §. 11. fr. 24. §. 1. locati [19. 2.] fr. 19. §. 1. praecriptis verbis [19. 5.] fr. 20. de evict. [21. 2.] fr. 4. de fide instrum. [22. 4.] fr. 4. de fundo dot. [23. 5.] fr. 1. §. 1 und 4. fr. 5. §. 10 und 11. fr. 7. §. 2 — 6. fr. 8. §. 2. fr. 13. de reb. eor. qui sub tut. [27. 9.] fr. 89. §. 4. de leg. 2. fr. 18. §. 3. de mortis causa donat. [39. 6.] fr. 6. qui sine

obligare" [8]). „rem pignoris vel hypothecae jure obligare" [9]) „rem in obligationem deducere aut

---

manumiss. [40. 8.] fr. 22. quae in fraudem cred. [42. 8.] fr. 1. §. 4. de migrando [43. 32.] fr. 1. §. 1. de Salv. interd. [43. 33.] fr. 30. §. 1. de except. rei jud. [44. 2.] fr. 30 de novat. [46. 2.] fr. 96. §. 3 fr. 98. pr. de solutionib. [46. 3.] fr. 68. pr. de furtis [47. 2.] fr. 15. de interd. et relegatis [48. 22.] fr. 28. de jure fisci [49. 14.] fr. 205. de R. I. [50. 17.] — c. 57. s. f. C. de episc. et cler. [1. 3.] c. 11. C. de pactis [2. 3.] c. 2. C ne nemini liceat [2. 17.] c. 2. C. si advers. vendit. pignor. [2. 29.] c. 2. und 6. C. de usufr. [3. 33.] c. 2. C. comm. divid. [3. 37.] c. 7. C. communia utriusque jud. [3. 38.] c. 2. C. de relig. [3. 44.] c. 3. C. de commodato [4. 23.] c. 5. 7. 12. C. ad Sctum Vell. [4. 29.] c. 17. C. de usuris [4. 32.] c. 8. C. mandati [4. 35.] c. 1. C. si propter publ. pensit. [4. 46.] c unica C. rem alien. gerentib. [4. 53.] c. 5. C. vectigalia nova [4. 62.] c. 13. C. de locato [4. 65.] c. 13. C. de donat. ante nupt. [5. 3.] c. 5. pr. c. 6. §. 1. C. de sec. nupt. [5. 9.] c. 12. 13. C. de donat. int. vir. et uxor. [5. 16.] c. 2. C. de curat. fur. [5. 70.] c. 5. und 9. C. de praed. et aliis reb. min. [5. 71.] c. 2. C. de bonis maternis [6. 60.] c. 4. C. de bonis quae lib. [6. 61.] c. 6. C. de bon. auct. jud (7. 72.) c. 2. C. de privil. fisci [7. 73.] c. 4. 5. C. de evict [8. 45.] c. 4. C. de crim. stell. [9. 34.] c. 3. C. de jure fisci [10. 1.] c. 3. C. de omni agro desert. [11. 58.]

8) f. 1. §. 4. de reb. cor. [27. 9]. fr. 35. §. 1. de donat. [39. 5.] fr. 26. §. 2. de fideicomm. libert. [40. 5.] fr. 69. de solutionibus. [46. 3.] c. 3. 5. C. de servo pignori dato [7. 8.] c. 6. C. de usucap. pro emt. [7. 26.]

9] Fragm. vet. jcti. §. 5. fr. 12. de alim. leg. [34. 1.] fr. 1. §. 3. de separat. [42. 6.] fr. 51. de furtis (47. 2.) fr. 22. §. 1. de jure fisci [49. 14.) c. 6. §. 2. C. de secund. nupt. (5. 9.) c. 4. C. de bon. quae lib. (6. 61.) c. 2. 3. 4. 6. C. de servo pignori dato (7. 8.) c. 4. C. de privil.

dare"[10]; „rem obstringere"[11]) oder auch „nectere"[12]); und dem gemäß steht dann der Ausdruck „obligatio" auch sehr häufig für Verpfändung[13]) und sonach selbst auch für Pfandrecht[14]), in welcher Bezie-

---

fisci (7. 73.) c. 4. C. de crim stell. (9. 34.) Zuweilen heißt es auch „pignoris vel hypothecae nomine aut titulo obligare": fr. 20. de solutionib. (46. 3.) c. 11. C. de pignorat. act. (4. 24.)

10) fr. 30. de except. rei jud. (44. 2.) c. 2. C. mandati (4. 35.) In c. 1 C. quando mulier (5. 35.) heißt es „in obligationem venire."

11) fr. 11. §. 3. de pignorat. act. (13. 7.) c. 2. C. de crimine stellion. (9. 34.)

12) c. 2. C. de curat. fur. (5. 70.) c. 14. C. de fidejuss. (8. 41.) c. 2. C. de crim. stell. (9. 34.)

13) Pr. J. quib. alienare licet vel non (2. 8.) fr 28. §. 1. ad Sctum Vellej. (16. 1.) fr. 3. §. 1. fr. 5. §. 10. 11. 13. fr. 7. §. 5. und 6. de reb. eor. (27. 9.) fr. 30. §. 1. de except. rei jud. (44. 2.) fr. 3. §. 1. stellionat (47. 20.) fr. 28. de lege Corn. de falsis (48. 2.) c. 7. C. comm. utrius q. judicii (3. 38.) c. 7. C. de pignorat. act. (4. 24.) c. 5. C. ad Sctum Vellej. (4. 29.) c. 10. C. de compensat. (4. 31.) c. 12. 13. C. de donat. inter vir. et uxor. (5. 16.) c. 2. C. quando mulier (5. 35.) c. 3. C. ut in possess. legat. (6. 54.) c. 9. C. de acq. vel retinenda poss. (7. 32.) c. 2. C. de privil. fisci (7. 73.) c. 22. C. de evict. (8. 45.) c. 1. C. de crim. stellionat. (9. 34.) c. 2. C. de jure reipubl. (11. 29.)

14) fr. 3. quod jussu (15. 4.) fr. 81. pr. de contrah. emt. (18. 1.) fr, 7. §. 6. de donat int. vir. et uxor. (24. 1.) fr. 2. fr. 3. pr. de reb. eor. (27. 9.) fr. 35. §. 1. de donationib. (39. 5.) fr. 30. §. 1. de except. rei jud. (44. 2.) fr. 69. de solutionib. (46. 3.) fr. 12. §. 12. de captivis

hung auch die verwandten Ausdrücke „pignoris vel hypothecae vinculum“ [15]) oder „nexus“ [16]) vorkommen. Ferner heißt auch die verpfändete Sache wieder: „res obligata,“ oder „res pignoris vel hypothecae jure obligata“ [17]), „res pignori

(49. 15.) — c. 7. C. communia utriusq. jud. (3. 38.) c. 8. C. mandati (4. 35.) c. 2. C. de repudianda vel abstin. hered. (6. 31.) c. 9. C. de fidejussorib. (8. 41.)

15) fr. 39. §. 5. de administr. tut. (26. 7.) fr. 7. pr. de acq. heredit. (29. 2.) fr. 43. §. 3. de legatis 1. fr. 15. §. 7. de re jud. (42. 1.) fr. 21. pr. de. captivis. (49. 15.) c. 2. C. per quas personas (4. 27.) c. 16. C. de locato (4. 65.) c. 2. C. de curat. fur. (5. 70.) c. 12. C. de praescript. longi temp. (7. 33.) c. 2. 8. 10. 13. C. de postliminio reversis (8. 51.)

16) fr. 33. fam. herciscundae (10. 2.) c. 7. C. de reb. alien. non alienand. (4. 51.) c. 8. C. si aliena res pignori (8. 16.)

17) Gajus II. 61. Paulus R. S. III. 6. §. 8. §. 5. J. de leg. (2. 20.) fr. 50. de minor. (4. 4.) fr. 26. §. 6. fr. 27. §. 1. de noxalib. act. (9. 4.) fr. 31 fam. herciscundae (10. 2.) fr. 17. §. 1. fr. 29. pr. ad Sctum Vellej. (16. 1.) fr. 59. §. 1. mandati (17. 1.) fr. 41. pr. de contrah. emt. (18. 1.) fr. 6. §. 9. fr. 11. §. 16. fr. 52. pr. und §. 1. de A. E. V. (19. 1.) fr. 13. §. 11. locati conducti (19. 2.) fr. 43. §. 8. de aedilit. edict. (21. 1.) fr. 63. §. 1. s. f. fr. 65. pr. de evict. (21. 2.) fr. 6. de naut. foenore (22. 2.) fr. 21. de probationib. (22. 3.) fr. 4. de fide instrument. (22. 4.) fr. 32. §. 5. de donat. int. vir. et uxor. (24. 1.) fr. 30. de hered. instit. (28. 5.) fr. 71. pr. de acq. hered. (29. 2.) fr. 45. §. 1. fr. 57. de legatis 1. fr. 85. de legatis 2 fr. 38. pr. de legatis 3. fr. 15. de dote praeleg. (33. 4.) fr. 12. de aliment. legat. (34. 1.) fr. 94. ad leg. Falcid. (35.

nexa" [18]) „obstricta" [19]) „obnoxia" [20]), und der Zustand des Verpfändetseyns wird überhaupt durch „pignori" oder „pignoris jure teneri" [21]) be=

2.) fr. 78. §. 6. ad Sctum Treb. (36. 1.) fr. 44. §. 1. de de damno infecto (32. 2.) fr. 4. §. 2. de manumiss. vindict. (40. 2.) fr. 6. qui sine manumiss. (40. 8.) fr. 26. qui et a quib. (40. 9.) fr. 43. §. 2. de acq. poss. (41. 2.) fr. 68. §. 1. de fidejussorib. (46. 1.) fr. 38. §. 5. fr. 40. s. f. de solutionib. (46. 3.) fr. 2. §. 18. de vi bon. rapt. (47. 8.) fr. 3. §. 1. stellionat. (47. 20.) — c. 33. C. de transact. (2. 4.) c. 6. C. de restitut. milit. (2. 51.) c. 7. C. de judiciis (3. 1.) c. 6 und 7. C. de O. et A. (4. 10.) c. 2. C. de heredit. act. (4. 16.) c. 12. C. de pignorat. act. (4. 24.) c. 6. 11. C. de usuris (4. 32.) c. 8. C. de heredit. vendit. (4. 39.) c. 4. 6. C. de reb. alien. (4. 51.) c. 20. C. de adm. tut. (5. 37.) c. 6. C. de fideicomm. (6. 42.) c. 2. C. de servo pignori dato (7. 8.) c. 1. C. si advers. credit. (7. 36.) c. 8. §. 1. C. de praescript. 30 vel 40 ann. (7. 39.) c. 2. 18. 21. C. de fidejuss. (8. 41.) c. 3. 19. 23. 24. 27. C. de evict, (8. 45.) c. 1. 2. C. credit. evict. (8. 46.) c. 15. C. de donat. (8. 54.) c. 3. C. vi bonor. rapt. (9. 33.) c. 4. C. de crim. stellionat. (9. 34.) c. 7. C. de censibus (11. 47.) c. 3. C. de primipilo (12. 63.)

18) fr. 52. §. 2 de pactis (2. 14.) fr. 1. §. 4. ne vis fiat ei (43. 4.) fr. 22. §. 1. de jure fisci (49. 14.) c. 3. 10. C. de pignorat. act. (4. 24.) c. 2. C. de praed. et al. reb. (5. 71.)

19) c. 4. C. de usuris. (4. 32.)

20) c. 31. C. de episcop. audient. (1. 4.) c. 1. C. de tut. et curat. (5. 33.) c. 2. C. quando mulier (5. 35.) c. 1. C. de prec. et Salv. interd. [8. 9.]

21) §. 7. J. de act. (4. 6.) fr. 27. pr. de noxal. act. (9. 4.) fr.

zeichnet. Aber auch für die Beendigung des Pfandrechtes kommen ganz dieselben Ausdrücke wie für die Beendigung persönlicher Forderungsrechte vor. Außer „distrahere“ finden sich am häufigsten: „liberare“ 22)

---

41. de reb. cred. [12. 1.] fr. 13 pr. de condict. indeb. [12. 6.] fr. 7. §. 2. ad Sctum Maced. [14 6.] fr. 29. pr. ad Sctum Vellej. [16. 1.] fr. 4. §. 3. de in diem addict. [18. 2.] fr. 22. de heredit. vel act. vendit. [18. 4.] fr. 4. pr. de naut. foenore [22. 2.] fr. 9. de op. novi nunciat. [39. 1.] fr. 10. de manumiss. [40. 1.] fr. 1. §. 5. de migrando [43. 32.] fr. 30. §. 1. de except. rei jud. [44. 2.] c. 5. u. 8. C. ad Sctum Vellej. [4. 29.] c. 4. C. de usuris [4. 32.] c. 5. C. de locato [4. 65.] c. 5. C. de legitima tut. [5. 30.] c. 3. C. de privil. fisci [7. 73.] c. 8. C. de postlim. reversis [8. 51.] c. 1. C. de crim. stellion. [9. 34.]

22) fr. 8. §. 15. s. f. de transact. [2. 15.] fr. 6. §. 1. de negotiis gest. [3. 5.] fr. 22. §. 1. u. 2. fr. 27. §. 1. de noxalib. act. [9. 4.] fr. 18. §. 4. famil. hercisc. [10. 2.] fr. 18. ad exhib. [10. 4.] fr. 40. de jurejur. [12. 2.] fr. 8. pr. ad Sctum Vellej. [16. 1.] fr. 38. pr. mandati [17. 1.] fr. 41. pr. de contrah. emt. [18. 1.] fr. 43. §. 8. de aedilit. edict. [21. 1.] fr. 65. de evict. [21. 2.] fr. 43. §. 3. fr. 57. de legatis 1. fr. 3. §. 4. de legatis 3. fr. 15. de dote praeleg. [33. 4.] fr. 8. §. 7. fr. 20. pr. de liberat. leg. [34. 3.] fr. 58. §. 8. fr. 59. pr. ad Sctum Treb. [36. 1.] fr. 15. §. 7. s. f. de re jud. [42. 1.] fr. 2. quae in fraud. credit. [42. 8.] fr. 1. §. 4. s. f. de migrando [43. 32.] fr. 85. §. 6. fr. 113. §. 1. de V. O. [45. 1.] fr. 18. de novat. [46. 2.] fr. 43. de solut. [46. 3.] fr. 33. s. f. de poenis [48. 19.] fr. 21. de jure fisci [49. 14.] fr. 12. §. 12. de captivis [49. 15.] c. 3. C. de neg. gest. [2. 19.] c. 10. C. de pignorat. act. [4. 24.] c. 8. C. quod cum eo [4. 26.] c. 20. C. de donat. int. vir. et uxor. [5. 16.] c. 3. C. de legatis

„luere“ [23]) und „solvere“ oder „dissolvere“ [24]).

Schon diese sprachlichen Gründe dürften hinreichen um auf eine gewisse Verwandtschaft des Pfandrechts mit den Obligationen überhaupt hinzuweisen; und wir sind bei Aufführung der hier einschlagenden Quellen-Zeugnisse (die wir jedoch, hätten wir zugleich die Stellen aus den vom Pfandrechte vorzugsweise handelnden Titeln der Pandekten und des Codex ausziehen wollen, um das Doppelte hätten vermehren können,) deßhalb vollständiger gewesen, um zu zeigen, daß jene Ausdrücke nicht etwa nur zuweilen, sondern daß sie vielmehr gewöhnlich bei dem Pfandrechte vorkommen und demnach den Schluß auf eine innere Aehnlichkeit des Pfandrechtes mit den persönlichen Forderungsrechten um so sicherer begründen. Dieser Schluß wird aber ferner noch in sofern um so mehr

---

[6. 37.] c. 5. C. de evict. [8. 45.] Zuweilen heißt es auch: „exonerare pignus vel hypothecam:“ fr. 35. pr. de pignorat. act. [13. 7.] c. 3. C. eod. [4. 24.]

23) Paulus R. S. II. 5. §. 2. — 13. §. 4. III. 6. §. 8. — §. 5. u. 12. J. de legatis [2. 20.] fr. 25. §. 14. fr. 28. fr. 31. fam. herciscundae [10. 2.] fr. 7. §. 12. comm. divid. [10. 3.] fr. 25. de pignorat. act. [13. 7.] fr. 52 §. 1. de A. E. V. [19. 1.] fr. 57. fr. 86. pr. de legatis 1. fr. 33. §. 2. de legatis 3. fr. 1. §. 1. de liberat legat. [34. 3] fr. 78. §. 6. ad Sctum Trebell. [36. 1.] fr. 63. §. 4. de acq. rer. dom. [41. 1.] fr. 15. de captivis [49. 15.] c. 6. C. de fideicommiss. [6. 42.] Tit. Cod. de luitione pignoris [8. 31.]

24.] fr. 24. §. 3. de pignorat. act. [13 7.] fr. 35. fr 66. pr. de evict. [21. 2.] fr. 39. §. 5. de administ. tut. [26. 7.] fr. 71. pr. de acq. hered. [29. 2] fr. 69. de solutionib. [46. 3.] c. 22. C. de usuris [4. 32.]

gerechtfertigt, als das was in unsern Quellen über die innere Natur der Obligationen gesagt wird, auf das Pfandrecht vollkommene Anwendung leidet. Es sagt uns nämlich Ulpianus lib. XXVII. ad Sabinum, daß Octavenus die Behauptung aufgestellt habe:

....ea in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt;"[25]) und Ulpianus gibt dieser Ansicht vollen Beifall. Nun ist aber das Pfandrecht ein solches Verhältniß, welches durch Zahlung der Pfandschuld aufgelös't wird[26]), und da ferner nach Obigem der Ausdruck „luere" im technischen Sinne gerade auf die Auflösung des Pfandnexus sich bezieht, so dürfte nichts entgegen stehen anzunehmen, daß hier Octavenus zugleich an die pignoris obligatio gedacht habe, und sonach in der angeführten Stelle eine Gleichstellung beider

---

25) fr. 9. §. 2. de statuliberis [40. 7.]

26) Vergl. außer fr. 6. quib. mod. pignus [20. 6.] c. 19. s. f. C. de usuris [4. 32.] u. c. 3. C. de luit. pignoris [8. 31.] insbesondere fr. 66. de evictionib. et duplae stipulat. [21. 2.] Papinianus lib. XXVIII. Quaestionum: Si, cum venditor admonuisset emtorem, ut Publiciana potius, vel ea actione quae de fundo vectigali proposita est, experiretur, emtor id facere supersedit, omnimodo nocebit ei dolus suus, nec committitur stipulatio. Non idem in Serviana actione quoque probari potest: haec enim, etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem avocat et, soluta pecunia venditori, dissolvitur: unde fit, ut emtori suo nomine non competat. Hieraus erhellet zugleich, daß die actio hypothecaria eine solche in rem actio ist, welche durch Compensation getilgt wird, so daß bei derselben Justinian's Aeußerung in c. 14. C. de compensat. [4. 31.] und §. 30. J. de act. [4. 6.] die Compensation solle bei allen Klagen Statt finden, vollkommen Anwendung leidet.

Rechtsverhältnisse, sowohl der obligatio personae als rei enthalten sey; so wie denn auch sonst die obligatio rei mit der obligatio personae zusammengestellt wird:

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

Si convenerit: ut pro hypotheca fidejussor daretur, et datus sit, satisfactum videbitur ut hypotheca liberetur. Aliud est si jus obligationis vendiderit creditor et pecuniam acceperit: tunc enim manent omnes obligationes integrae, quia pretii loco id accipitur, non solutionis nomine [27]).

Das Pfandrecht erlischt, als accessorisches Recht, nicht blos wenn die Forderung für welche es haftet getilgt wird, sondern auch selbstständig, so daß die Forderung, für welche es haftet, noch fortbestehen bleibt. Dahin gehören die Fälle wo die Sache nur auf eine bestimmte Zeit war verpfändet worden, und diese abgelaufen ist, oder die verpfändete Sache zu Grunde geht oder der Gläubiger das Pfandrecht entweder geradezu erläßt oder sich anstatt desselben sonstige Sicherheit, z. B. durch Bürgen bedingt [28]) u. a. Nun bemerkt Marcianus, daß in dem Falle, wo der Gläubiger sein Forderungsrecht verkauft habe, nicht gesagt werden könne, das Pfandrecht sey erloschen weil der Gläubiger sey befriedigt worden. Zwar kann jeder Dritte für den Schuldner zahlen, wodurch

---

27) fr. 5. §. 2. quib. modis pignus solvitur [20. 6.] cf. fr. 10. §. 2. quod metus causa [4. 2.] fr. 27. §. 2. de minorib. [4. 4.]

28) cf. Tit. D. quib. modis pignus solv. [20. 6.] Tit. C. de remissione pignoris [8. 26.] de luitione pignoris [8. 31.]

die Forderung gänzlich erlischt [29]) mithin auch das etwa für dieselbe bestellte Pfandrecht hinwegfällt [30]); allein dieser Gesichtspunkt paßt nicht auf den von Marcianus angegebenen Fall; denn dort hat der Dritte nicht die Absicht für den Schuldner zu zahlen, sondern er will dadurch nur für sich das Recht erlangen den Gegenstand des Forderungsrechtes des Gläubigers selbst einklagen zu können, und deßhalb bleibt die Forderung und auch das dafür bestellte Pfandrecht in der Person des Gläubigers nach wie vor bestehen, „omnes obligationes manent integrae“ — denn dafür haftet gerade der Gläubiger dem Käufer [31]).

Paulus lib. IV. responsorum: Lucius Titius cum esset uxori suae Gajae Sejae debitor sub pignore sive hypotheca praediorum, eadem praedia cum uxore sua (Sejae) Septiciae communis filiae nomine Sempronio marito ejus futuro in dotem dedit; postea defuncto Lucio Titio, Septicia filia abstinuit se hereditate paterna. Quaero an mater ejus hypothecam per-

---

29) §. 3. J. quib. mod. toll. obl. [3, 29.] fr. 20. 40. u. 53. de solutionibus. [46. 3.]

30) fr. 1. §. 1. quib. modis pignus (20. 6.) Papinianus lib. XI. responsorum: Debitoris absentis amicus negotia gessit et pignora citra emtionem pecunia sua liberavit: jus pristinum domino restitutum videtur. Igitur qui negotium gessit, utilem Servianam dari sibi non recte desiderabit: si tamen possideat exceptione doli defenditur. cf. c. 21. C. de pignor. (8. 14.) fr. 40. de solutionib. (46. 3.)

31) fr. 4. u. 5. de heredit. vel act. vendit. (18. 4.) fr. 74. §. 3. de evict. (21. 2.) Mühlenbruch Cession §. 64.

sequi possit? Paulus respondit pignoris quidem obligationem praediorum Gajam Sejam, quae viro pro filia communi in dotem eadem danti consensit, cum communis filiae nomine darentur, remisisse videri, obligationem autem personalem perseverasse: sed adversus eam, quae patris hereditate se abstinuit, non esse dandam [32].

Der Fall, worüber Paulus befragt worden war, ist folgender: Lucius Titius hatte seiner Frau Gaja Seja gewisse Grundstücke, für eine derselben gegen ihn zustehende Forderung, verpfändet. Später bestellte er mit Einwilligung seiner Frau an diesen Grundstücken für ihre gemeinschaftliche Tochter Septicia eine dos. Nach dem Tode ihres Vaters bediente sich die Septicia des beneficium abstinendi und nun fragte es sich ob die Mutter der Septicia gegen diese mit der actio hypothecaria auftreten könne. Paulus steht zunächst davon daß die Septicia abstinirt hatte ab, und entscheidet, daß die dingliche Pfandklage in keiner Weise Statt finden könne, denn die Mutter habe durch ihre Einwilligung in die Bestellung einer dos an den ihr verpfändeten Grundstücken auf ihr Pfandrecht verzichtet [33]; dagegen bestehe ihr persönliches Forderungsrecht noch fort, könne jedoch gegen die Tochter, weil diese gegen den Erwerb der väterlichen Erbschaft sich des beneficium abstinendi bedient habe, nicht geltend gemacht werden [34].

---

32) fr. 11. quib. modis pignus (20. 6.)

33) fr. 4. §. 1. eod. c. 11. C. ad Sctum Vellej. (4. 29.)

34) c. 2. C. de revocandis his quae in fraud. cred. (7. 75.) Imp. Alexander A. Symphorianae: Si successione patris abstenta fuisti: ob ea quae in dotem da-

IV.

Bisher haben wir die äußern, aus den, für die Bezeichnung des Pfandrechtes, in unsern Quellen gewöhnlich gebrauchten Ausdrücken entnommenen Gründe, welche für die von uns aufgestellte Ansicht, das Pfandrecht sey seinem Wesen nach nichts als eine obligatio rei, sprechen, aufgeführt. Es kömmt nun noch darauf an, zu zeigen, daß auch die innere Natur des Pfandrechtes, soweit hier nicht die dingliche Natur desselben einzelne Modifikationen herbeiführt, mit der der obligatio überhaupt übereinstimme. Dieß scheint jedoch passend nur so geschehen zu können, daß wir die einzelnen Folgen, welche aus der Natur der obligatio hervorgehen, und sich bei dem Pfandrechte wieder finden, aufzählen, um dann auf diese Weise zu dem Resultate zu gelangen, daß das Pfandrecht auch seinem innern Wesen nach, sich nur als eine obligatio darstelle.

A) Zunächst gehört hierher die Entstehung des Pfandrechtes durch blosen Vertrag [1]; denn nach Römischem Rechte begründet der Vertrag zunächst blos ein Obligations-Verhältniß und zwar in der Regel blos ein persönliches Obligations-Verhältniß, nicht aber schon ein Recht an der Sache selbst, worüber contrahirt worden ist:

Impp. Diocletianus et Maximianus Martiali:

---

ta sunt, convenire te creditores nequeunt, quibus pignora in dotem data non docentur: nisi bonis defuncti non sufficientibus, in fraudem creditorum dotem constitutam probabitur. cf. fr. 52. §. 1. de A. E. V. (19. 1.)

1. S. die oben S. 17. flgde. angeführten Stellen.

Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur [2]).

wie dieß auch ganz natürlich zu seyn scheint; denn so lange eine Unterordnung der Sache unter die privatrechtliche Herrschaft des Berechtigten noch nicht Statt gefunden hat, so lange kann auch derselbe sich nicht darauf berufen, daß ihm die Sache wegen einer ihm über dieselbe zustehenden privatrechtlichen Herrschaft herausgegeben werden müsse, weil er eben eine solche privatrechtliche Herrschaft noch niemals gehabt hat; er steht, in Folge des Vertrages mit einer von seiner privatrechtlichen Herrschaft ganz unabhängigen Person, zu derselben nur in einem solchen Verhältnisse, daß er sie, durch Anrufung der öffentlichen Gewalt, nöthigen kann, der übernommenen Verbindlichkeit nachzukommen, also in unserem Falle, ihn in den Zustand der unmittelbaren Herrschaft über die Sache zu setzen; allein er steht noch nicht in einem unmittelbaren Verhältnisse zu der Sache selbst. Das Pfandrecht aber begründet gar keine privatrechtliche Herrschaft des Gläubigers über die Sache, sondern stellt ihm dieselbe nur als accessorisch verpflichtetes Subjekt gegenüber; der Verpfänder stellt, wenn er zugleich der Schuldner ist, die Sache neben sich als Mitschuldner, so daß der Gläubiger zwar in ein unmittelbares Verhältniß zu der Sache gesetzt wird, aber nicht in das Verhältniß einer privatrechtlichen Herrschaft über die Sache, sondern blos in ein unmittelbares Obligations-Verhältniß, wonach die Sache an sich von der privatrechtlichen Herrschaft des Gläubigers so unab-

---

2) c. 20. C. de pactis (2. 3.) cf. c. 13. C. de distract. pign. (8. 28.)

hängig ist als der Schuldner selbst, und nur durch Anrufen der öffentlichen Gewalt von ihm in Anspruch genommen werden kann. Ein solches Obligations-Verhältniß kann aber überall durch Vertrag begründet werden, und eben deßhalb auch in Beziehung auf eine Sache; nur daß hier nicht eine besondere Form des Vertrags erforderlich ist, sondern stets die blose Uebereinkunft, die Sache solle wegen einer Forderung haften, zur Begründung jenes Obligations-Verhältnisses genügt, wie dieß auch dem prätorischen Ursprunge des Instituts ganz gemäß ist [3].

Mit der, aus der conventio pignoris oder dem pactum hypothecae entspringenden, obligatio rei ist aber die daneben bestehende obligatio personalis des Verpfänders nicht zu verwechseln, so wie letztere wieder nicht mit der obligatio für welche die Sache haften soll. Aus dem Pfand-Vertrage wird nämlich auch der Verpfänder immer in so weit verpflichtet, daß er culpa prästiren muß und namentlich auch für die Eviction der Sache einsteht, im Falle diese vom Gläubiger ist veräußert worden [4]. Dagegen ist der Verpfänder nicht immer auch derjenige, in dessen Person das ursprüngliche Schuldverhältniß, für welches das Pfand bestellt wird, begründet ist, oder gegen welchen die persönliche Schuldklage angestellt werden könnte. Letzteres ist vielmehr an sich nur dann der Fall,

---

3) fr. 17. §. 2. de pactis (2.14.) Paulus libro III. ad Edict. De pignore jure honorario nascitur ex pacto actio.

4) fr. 13. §. 1. de pignorat. act- (13. 7.) fr. 14. fr. 16. §. 2. eod. fr. 11. §. 16. de A. E. V. (19. 1.) fr. 10. de distract. pign. (20. 5.) Tit. Cod. credit. evictionem pign. non debere (8. 46.)

wenn, wie dieß freilich gewöhnlich der Fall seyn wird, (weßhalb auch in unsern Quellen hauptsächlich nur hiervon gehandelt wird,) der Schuldner für seine Schuld eine seiner Sachen verpfändet, nicht aber wenn ein Dritter für eine fremde Schuld ein Pfand bestellt; denn im letzteren Falle ist gegen den Dritten die persönliche Schuldklage an sich gar nicht begründet [5]), was sich besonders da wichtig zeigt, wo die verpfändete Sache nicht soviel werth ist als die Forderung für welche sie haftet beträgt, oder dieselbe ohne Schuld des Verpfänders ganz zu Grunde geht; denn während in einem solchen Falle der persönlich Verpflichtete immer noch auf den Rest [6]) oder die ganze Forderung belangt werden kann [7]), findet eine solche Klage gegen den dritten Verpfänder niemals Statt; dieser haftet vielmehr nur insofern als, wenn er die Pfandschuld nicht tilgt, seine Sache vom Gläubiger veräußert werden kann, er befreit also seine Sache von ihrer obligatio durch die Zahlung der Pfandschuld, kann aber auf letztere eben so wenig wie jeder dritte Besitzer der verpfändeten Sache, belangt werden [8]). Es kann sich jedoch der dritte Verpfän-

---

5) Dare autem quis hypothecam potest sive pro sua obligatione sive pro aliena. fr. 5. §. 2. de pign. (20. 1.) cf. fr. 7. §. 3. de minorib. (4. 4.) fr. 13. pr. de condict. indeb. (12. 6.) fr. 5. §. 12. commodati (13. 6.) fr. 1. §. 19. si quid in fraud. patroni (38. 5.)

6) fr. 28. de reb. cred. (12. 1.) c. 8. C. si certum petat. (4. 2.) c. 10. C. de O. et A. (4. 10.)

7) c. 11. C. de pignorat. act. (4. 24.) c. 25. C. de pign. (8. 14.)

8) fr. 1. §. 16. ad Sctum Treb. (30. 1.) c. 14. C. de O. et A. c. 2. C. si advers. credit. praescript. opp. (7. 63.) c. 14. C. de pignorib. (8. 14.)

der zugleich auch persönlich für die fremde Schuld z. B. als Bürge verpflichten; dann aber hängt wieder Etwas davon ab, ob er das Pfand für die fremde oder für seine eigene (Bürgschafts-) obligatio bestellt. Abgesehen zunächst davon, daß in jenem Falle er sich persönlich in größerem oder geringerem Umfange verpflichtet haben kann als die verpfändete Sache haftet, in letzterem Falle aber die Sache niemals in größerem wohl aber in geringerem Umfange haften kann, als sich der Verpfänder verpflichtet hat, ist jene Unterscheidung noch insofern von Bedeutung, als, da wo die Sache für die fremde obligatio verpfändet wird, die obligatio pignoris ganz unabhängig ist von der persönlichen Verbindlichkeit des Verpfänders, so daß mit dem Erlöschen der letzteren keineswegs auch die obligatio pignoris als hinweggefallen betrachtet werden kann, indem diese sich vielmehr insofern nach der obligatio principalis richtet, also nur dann zusammenfällt, wenn diese auf eine Art getilgt wird, die nach den vom Prätor bestimmten Voraussetzungen auch das Zusammenfallen der letzteren zur Folge hat [9]). Hat dagegen der Verpfänder für seine eigene (Bürgschafts-) Obligation eine Sache verpfändet, so richtet sich das Erlöschen des Pfandnexus nach dem Erlöschen der obligatio fidejussoria, wieder jedoch vorausgesetzt, daß letzteres in einer Art einge-

---

9) l. 13. §. 4. de pignorib. (20. 1.) Marcianus libro singul. ad formulam hypothecariam: ..... suas conditiones habet hypothecaria actio: id est si soluta est pecunia aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet.... Vergl. über diese Voraussetzungen meine Abhandlung über die Wirkung der Klagenverjährung. Marburg 1832. S. 49 — 61.

treten ist, die auch das Erlöschen des Pfandrechtes herbeiführt [10]). Hier kann also das ursprüngliche Schuldverhältniß noch vollkommen fortbestehen und dennoch das Pfandrecht aus dem Grunde erloschen seyn, weil die obligatio für welche es bestellt war, erloschen ist, was sich natürlich da, wo das Pfand für das ursprüngliche Schuldverhältniß obligirt war, ganz anders verhalten muß.

V.

Es erklärt sich aber aus dem Gesichtspunkte der obligatio rei beim Pfandrechte

B. auch warum es keinen Besitz des Pfandrechtes gibt. Da nämlich bei Obligationen, als blosen Beziehungs-Verhältnissen privatrechtlich von einander unabhängiger Subjekte, überhaupt kein Besitz Statt findet, so konnte auch beim Pfandrechte, welches ja gleichfalls nur ein solches Beziehungs-Verhältniß ist, ein Besitz nicht angenommen werden. Der Umstand, daß hier eine körperliche Sache oder auch ein quasi dominium, an welchen possessio oder quasi possessio Statt finden, als verpflichtetes Subjekt vorkommen können, ändert hieran Nichts, da, wie schon bemerkt, das Pfandrecht dem Gläubiger gar

10) fr. 38. §. 5. de solut. (46 3.) Africanus libro VII. quaestionum. Qui pro te apud Titium fidejusserat, pignus in suam obligationem dedit; post idem heredem te instituit: quamvis ex fidejussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit; ad si idem alium fidejussorem dederit, atque ita heredem te instituerit, rectius existimari ait, sublata obligatione ejus, pro quo fidejussum sit, eum quoque qui fidejusserit liberari. Vergl. über diese Stelle meine angeführte Abhandlung S. 57.

keine privatrechtliche Herrschaft über die verpfändete Sache einräumt, sondern ihm dieselbe nur als persona obligata gegenüber stellt.

Dagegen hat wenigstens der Faustpfandgläubiger Besitz der verpfändeten Sache, jedoch nur zum Behufe der Besitz-Interdikte, nicht aber zum Zwecke der Usucapion, indem vielmehr die possessio ad usucapionem bei dem Verpfänder zurückbleibt [1]). Bekanntlich ist nun aber in der neuesten Zeit sehr viel Streit darüber, ob diese possessio corporalis eine ursprüngliche und selbstständige oder von dem Verpfänder auf den Pfandgläubiger abgeleitete sey. Alles kömmt hier auf die Beantwortung der Frage an, worin der animus possidendi bestehe, ob derselbe in den animus domini oder in irgend etwas Anderes zu setzen sey. Nach von Savigny [2]) besteht der animus possidendi in dem animus domini, und deßhalb nimmt er in denjenigen Fällen, wo nach unsern Quellen Besitz vorkömmt, obgleich es dem Innehaber der Sache notorisch an dem animus domini fehlt, einen von dem Eigenthümer abgeleiteten

---

1) Ueber die possessio des Faustpfandgläubigers an der verpfändeten Sache vergl. m. folgende Stellen: fr. 15. §. 2. qui satisdare cog. (2. 8.) fr. 13. §. 1. de Publ. act. (6. 2.) fr. 22. §. 1. de noxal. act. (9. 4.) fr. 4. §. 9. fin. regund. (10. 1.) fr. 3. §. 15. fr. 5. ad exhib. (10. 4.) fr. 9. §. 2. fr 28. pr. fr. 35. §. 1. fr. 37. und 40. §. 2. de pignorat. act. (13. 7.) fr. 37. pr. de acq. rer. dom. (41. 1.) fr. 1. §. 15. fr. 36 u. 37. de acq. poss. (41. 2.) fr. 13. fr. 16. fr. 33. §. 4. — 6. de usurpat. (41. 3.) fr. 1. §. 5. de remissionib. (43. 25.) fr. 6. §. 4. fr. 11. de precario (43. 26.)

2) Besitz 5te Aufl. Giessen 1827. S. 29. ff. S. 104 — 107. S. 278. — 308.

Besitz, eine possessio derivata an. Gegen diese Ansicht von dem animus possidendi und die darauf gebaute Theorie des abgeleiteten Besitzes trat zuerst Guyet [3]) auf, nach welchem der animus possidendi nicht in dem animus domini sondern vielmehr in der fortdauernden Absicht in irgend einem rechtlichen Verhältnisse zu der detinirten Sache zu stehen, bestehen soll. Ihm traten Johannsen [4]) und von Buchholz [5]) bei; während, gleichzeitig mit Guyet, v. Schröter[6]) zwar den animus possidendi für einen animus domini erklärte, jedoch den abgeleiteten Besitz läugnete, indem er in allen den Fällen wo dieser nach von Savigny eintreten soll, selbstständigen Besitz mit animus domini nachzuweisen strebte. Ihm trat wieder Warnkönig [7]) entgegen, der sich mehr den Ideen Guyet's anschloß, welcher letzere dann in einem Nachtrage zu seiner früheren Abhandlung [8]) seine Ansicht gegen die ihr gemachten Einwürfe weiter zu begründen und deren Uebereinstimmung mit Warnkönig's Darstellung hervorzuheben suchte. Endlich hat Bartels [9]) den animus pos-

3) Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts, Heidelberg 1829. S. 133 — 160.

4) Begriffs-Bestimmungen aus dem Gebiete des Civilrechts, Heidelberg 1831.

5) Versuche, Berlin 1831. Abh. 8.

6) In Linde's Zeitschrift Bd. II. Heft 2. No. VII. S. 233—269.

7) Im Archiv für civilist. Praxis Bd. XIII. Hft. 2. No. IX. S. 169—181.

8) In Linde's Zeitschrift Bd. IV. Heft. 3. No. XIV. S. 361 — 381.

9) Ebendaselbst Bd. VI. Hft. 2. No. IV. S. 177. — 214.

sidendi für einen animus rem sibi habendi erklärt, und diesen auch in den, von ihm, außer dem Eigenthums-Besitze, angenommenen Fällen der corporis possessio nachzuweisen versucht.

Es würde uns von dem uns gesteckten Ziele zu weit abführen, wollten wir uns auf eine vollständige Erörterung dieser Streitfrage einlassen; deßhalb mögen einige allgemeine Bemerkungen genügen, um unsere Ueberzeugung, daß v. Savigny's Ansicht über den animus possidendi, wonach dieser in dem animus domini besteht und dem zu Folge in denjenigen Fällen, wo in unsern Quellen possessio angenommen wird, obgleich es dem Besitzer an dem animus domini fehlt, nur ein von dem Eigenthümer abgeleiteter Besitz Statt findet, die allein richtige sey, zu rechtfertigen.

Zunächst wird nämlich soviel zugegeben werden müssen, daß der Eigenthums-Besitz die ursprünglich allein vorhandene possessio war; und daß hierbei [der animus possidendi ein animus domini sey, unterliegt keinem Zweifel:

Paulus libro LIV. ad Edictum.

Possessio appellata est (ut et Labeo ait) a sedibus, quasi positio: quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci κατοχην dicunt. §. 1. Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait: ejusque rei vestigium remanere de his, quae terra, mari coeloque capiuntur; nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum apprehenderint..... 10)

Alle übrigen Rechte bei welchen Besitz vorkömmt sind

---

10) fr. 1. pr. u. §. 1. de acq. possess. (41. 2.)

späteren Ursprungs, selbst auch die Servituten. Bei der Servitut tritt aber das Besondere ein, daß hier nicht eine corporis sondern eine juris possessio Statt findet. Diese possessio des Servitut-Berechtigten widerspricht der Theorie von Savigny's über den animus possidendi nicht nur nicht, sondern bestättigt sie vielmehr. Die servitus bildet nämlich nach Römischem Rechte ein quasi oder juris dominium [11]), sie heißt quasi dominium im Verhältnisse zum dominium und, rücksichtlich des Gegenstandes, juris dominium im Verhältnisse zum dominium rei corporalis, und deßhalb findet bei derselben auch eine quasi oder juris possessio Statt, welche als quasi possessio erscheint im Verhältnisse zur possessio, als juris possessio aber rücksichtlich ihres Gegenstandes zum Unterschiede von der possessio corporis [12]); so wie nun consequent bei der-

---

11) fr. 3. si ususfr. pet. (7. 6.) fr. 8. pr. de reb. auct. jud. (42. 5.) fr. 15. §. 8. quod vi. (43. 24.) fr. 2. §. 2. de interdictis. Vergl. Du Roi Archiv für civ. Praxis Bd. VI. S. 279. Mackeldey Lehrbuch §. 240. Note b. Was von Buchholz über juris possessio, Versuche S. 103. Note 106. dagegen bemerkt, widerlegt sich dadurch, daß zwar die servitus kein dominium, wohl aber ein quasi dominium bildet, wonach Ulpianus in fr. 43. §. 12. de furtis (47. 2.) recht gut sagen konnte: fructuarius dominus non est; denn dominus ist er nicht, er ist aber doch quasi dominus, er ist dominus ususfructus, fr. 22. pr. de aqua (39. 3.)

12) Diese verschiedenen Beziehungen der Ausdrücke quasi possessio und juris possessio hat von Buchholz a. a. O. übersehen und ist dadurch zu schiefen Folgerungen verleitet worden. Der Ausdruck quasi possessio findet sich in folgenden Stellen: Gajus IV. §. 139. pr. J. de interdict. (4. 15.) fr. 10. pr. si servitus (8. 5.) fr. 3. §. 17. de vi (43. 16.) und der Aus-

selben auch eine quasi oder juris vindicatio eintritt, als quasi vindicatio wieder im Verhältnisse zur vindicatio, als juris vindicatio in Beziehung auf ihren Gegenstand. Der unmittelbare Gegenstand des Rechtes und daher auch des Besitzes ist hier nicht die körperliche Sache, sondern das unkörperliche dominium juris. Demnach ist zwar der

---

druck juris possessio in fr. 2. §. 3. de precario (43. 26.) c. 10. C. de acq. poss. (7. 32.) cf. fr. 2. commun. praed. (8. 4.) und fr. 7. de itinere (43. 19.) Zuweilen finden sich auch beide Ausdrücke neben einander gebraucht, z. B. fr. 23. §. 2. ex quib. causis majores (4. 6.) Ulpianus lib. XI. ad Edict. Item ei qui per captivitatem fundi possessionem vel usus fructus quasi possessionem amisit, succurendum esse Papinianus ait.... Gerade diese Stelle zeigt die verschiedene Beziehung der quasi und juris possessio deutlich. Da nämlich erst von einer fundi possessio die Rede war, so konnte der Ausdruck quasi possessio nicht hinreichen, weil es keine quasi possessio fundi gibt, und deßhalb mußte noch der Gegenstand der quasi possessio, das jus, welches im vorliegenden Falle ein ususfructus war, angegeben werden. Umgekehrt würde aber auch der Ausdruck ususfructus possessio nicht hingereicht haben, weil es nicht eine possessio des ususfructus in dem Sinne gibt wie eine possessio des fundus. Um daher auch diesen Unterschied hervorzuheben, war der Zusatz quasi vor possessio usus fructus nöthig. Hieraus erhellet, wie ungegründet der Vorwurf ist den von Buchholz a. a. O. den neueren Rechtslehrern wegen des Ausdruckes juris quasi possessio deßhalb macht, weil dieß ein Pleonasmus sey; denn ein Pleonasmus ist dieß gar nicht, sondern nur eine genaue Bezeichnung des Besitzes bei der Servitut, so wie man nämlich corporis possessio sagt, muß man auch juris quasi possessio sagen, wie dieß daraus erhellet, daß gesagt werden muß: corporis est possessio, juris est quasi possessio.

animus des Servitut-Besitzers nicht ein animus domini, und kann dieß auch nicht seyn, da er gar keine possessio hat, er ist aber doch ein animus quasi domini, wie dieser zu seiner quasi possessio allein erforderlich seyn kann; woraus sich dann auch ergibt, warum der Usufruktuar wie die übrigen Servitut-Berechtigten nicht eine corporis possessio sondern nur eine juris possessio haben; denn das corpus der dienenden Sache ist bei der Servitut niemals der unmittelbare Gegenstand des Rechtes, wie dieß der Fall seyn müßte, sollte bei derselben eine corporis possessio Statt finden, in welcher Beziehung sich die übrigen s. g. dinglichen Rechte wesentlich von der servitus unterscheiden, denn bei diesen ist die körperliche Sache selbst immer unmittelbarer Gegenstand des Rechtes, weßhalb auch bei ihnen eine corporis possessio und eben deßhalb auch eine corporis vindicatio vorkommt. Diese Rechte sind aber nicht wie das Eigenthum ursprüngliche Rechte, sondern sie sind immer vom Eigenthümer abgeleitete Rechte, und daher ist auch der Besitz bei ihnen nicht ein ursprünglicher, d. h. ohne den Vertrag mit dem Eigenthümer vorhandener, einseitig zu erwerbender, sondern immer erst durch den Vertrag ihnen überlassener, er ist ein vom Eigenthümer abgeleiteter Besitz. Schon diese Begründung des Besitzes, in allen Fällen wo, außer dem Eigenthums-Besitze, possessio (corporis) angenommen wird, durch Vertrag würde von Savigny's Ansicht daß diese possessio eine derivata sey, hinlänglich gegen den Einwurf rechtfertigen, der die oben angeführten Rechtslehrer allein veranlaßt hat, den abgeleiteten Besitz zu läugnen, gegen den Einwurf nämlich, daß in unsern Quellen nirgends darauf aufmerksam gemacht werde, daß die possessio hier etwas Singuläres habe, denn da, anerkannter

Maßen, in den von Savigny angenommenen Fällen des abgeleiteten Besitzes nicht, wie beim Eigenthums-Besitze, ein ursprünglicher einseitiger Erwerb des Besitzes vorkömmt, sondern derselbe immer nur durch zweiseitige Handlung, durch traditio begründet wird, so wäre, wenn sich auch eine weitere Andeutung über den abgeleiteten Besitz nicht fände, schon hierdurch die singuläre Natur dieses Besitzes nachgewiesen. Es wird aber auch in unsern Quellen, wenigstens bei dem Besitze des Faustpfandgläubigers, ganz bestimmt gesagt, daß derselbe ein von dem Verpfänder auf ihn abgeleiteter sey:

Iavolenus libro IV. ex Plautio.

Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est: quia qui pignori dedit ad usucapionem tantum possidet; quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet: adeo ut addici possit ei possessio ejus qui pignori dedit [13].

Deutlicher konnte wohl der Satz: der Besitz des Gläubigers ist ein von dem Verpfänder abgeleiteter, nicht ausgedrückt werden. Was aber so von dem Besitze des Faustpfandes gilt, muß in derselben Weise auch in den andern Fällen angenommen werden wo Besitz vorkömmt, obgleich es an dem animus domini fehlt.

Ist nun aus der, dem Pfandrechte zu Grunde liegenden, Natur der obligatio nachgewiesen, warum es keinen Besitz des Pfandrechtes sondern nur einen Besitz der verpfändeten Sache gebe, so ist auch nachgewiesen, warum es keinen Erwerb des Pfand-

---

13) fr. 16. de usurpat. et usuc. (41. 3.)

rechtes durch fortgesetzten Besitz, keine usucapio und keinen Erwerb durch longis temporis possessio gibt, was dann eben so von der longissimi temporis (30 vel 40 annorum) possessio gelten muß. Zwar haben einige ältere Rechtslehrer [14]), insbesondere Schmidt [15]), einen Erwerb des Pfandrechtes durch Verjährung annehmen wollen, allein aus Gründen welche nur ihre Unbekanntschaft mit der Natur und den Erfordernissen der erwerbenden Verjährung an den Tag legen, weßhalb denn auch die Neueren einen Erwerb des Pfandrechtes durch Verjährung allgemein verwerfen [16]). Daß eine usucapio bei dem Pfandrechte nicht Statt finde, erklärt sich schon aus dem prätorischen Ursprunge des Instituts, während die Ausschließung der longi und longissimi temporis possessio sich nur aus dem Mangel des wesentlichsten Erfordernisses der erwerbenden Verjährung überhaupt, aus dem Mangel des Besitzes, erklärt:

Licinnius Rufinus libro I. regularum.

Sine possessione usucapio contingere non potest [17]).

wonach also Obligationen, und überhaupt solche Rechte bei denen kein Besitz des Rechtes Statt findet, begreiflicher Weise auch nicht durch fortgesetzten Besitz erworben wer-

---

14) Vergl. über dieselben Glück Commentar Bd. XVIII. S. 195 und 196.

15) Ernst Gottf. Schmidt der Erwerb des Pfandrechtes durch die Verjährung. Jena 1788.

16) Thibaut über Besitz und Verjährung §. 37. Unterholzner ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre Bd. II. §. 247. S. 274—280.

17) fr. 25. de usurp. et usuc. (41. 3.)

den können. Zwar ist im neueren Römischen Rechte auch der Erwerb der Servituten durch usucapio ausgeschlossen [18]; allein im früheren Rechte war er doch anerkannt, und der Erwerb durch longi temporis quasi possessio ist bei den Servituten gar nicht zu bezweifeln [19], so daß es, wäre das Pfandrecht den Servituten nachgebildet, immer unerklärlich bliebe, warum ein Erwerb desselben durch Zeitablauf nicht eintrete; was allererst daraus, aber auch vollkommen klar, hervorgeht, daß bei dem Pfandrechte, als einer obligatio rei, kein Besitz Statt findet.

Nicht zu verwechseln mit der eben bemerkten Unzulässigkeit des Erwerbes des Pfandrechtes durch Verjährung, sondern vielmehr genau davon zu unterscheiden, ist die Ausschließung der Ersitzung der verpfändeten Sache von Seite des Pfandgläubigers [20]. Dort war die Rede davon, daß Niemand durch Ersitzung Pfandgläu-

---

18) fr. 14. de servit. (8. 1.) fr. 4. §. 29. de usurpat. (41. 3.)

19) fr. 10. si servit. (8. 5.) fr. 1. §. 23. de aqua (39. 3.) fr. 5. §. 3. de itinere actuque priv. (43. 5.) c. 1. und 2. C. de servit. et aqua (3. 34.) c. 12. C. de praescript. longi temp. (7. 33.) Bessel im Archiv für civ. Prax. Bd. XIII. No. XIX. Reinhardt Die usucapio und praescriptio des Röm. Rechts §. 96. und 100.

20) Auch bei Unterholzner a. a. O. §. 247. sind beide Gesichtspunkte nicht genau geschieden, wie seine Berufung auf fr. 16. de usurpat. (41. 3.) zeigt, denn daraus daß dem Faustpfandgläubiger die Ersitzung der verpfändeten Sache abgesprochen wird, folgt noch keineswegs, daß deßhalb auch der Erwerb des Pfandrechtes durch fortgesetzten Besitz ausgeschlossen sey; denn auch der Usufruktuar kann die res fructuaria nicht ersitzen, wohl aber durch longi temporis quasi possessio den Usufrukt erwerben. c. 8. C. de usufr. (3. 33.) vergl. oben Note 19.

biger werden könne; hier soll die Frage erörtert werden, warum der wirkliche Pfandgläubiger, namentlich der Faustpfandgläubiger, nicht das Eigenthum an der ihm verpfändeten Sache durch fortgesetzten Besitz erwerbe. Wir sahen nämlich oben daß der Faustpfandgläubiger sich in der wirklichen possessio der verpfändeten Sache befinde, und sonach könnte man glauben, daß er durch fortgesetzten Besitz auch das Eigenthum an der verpfändeten Sache erwerbe; allein das wäre falsch, und zwar aus dem gleichfalls schon oben angedeuteten Grunde, weil nämlich der Pfandgläubiger zwar die possessio quoad interdicta hat, nicht aber quoad usucapionem, letztere vielmehr bei dem Verpfänder zurückbleibt: „quia qui pignori dedit ad usucapionem tantum possidet; quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet" [21]), und demnach wird auch in unsern Quellen nicht nur die usucapio der verpfändeten Sache durch den Pfandgläubiger geläugnet:

Paulus libro V. ad Plautium.

Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus [22]).

sondern eben so auch der Erwerb durch longi temporis possessio:

Papinianus libro II. definitionum.

Quum heres in jus omne defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit, veluti cum sciens alienum illum ille, vel precario possedit; quamvis enim precarium heredem ignorantem non teneat, nec

21) fr. 16. de usurpat. (41. 3.) cf. fr. 33. §. 4. eod. fr. 1. §. 15. de acq. poss. (41. 2.) fr. 37. pr. de acq. rer. dom. (41. 1.)

22) fr. 13. pr. de usurpat. (41. 3.)

interdicto recte conveniatur, tamen usucapere non poterit, quod defunctus non potuit. Idem juris est, cum de longa possessione quaeritur; neque enim recte defendetur, quum exordium rei bonae fidei ratio non tueatur [23]).

Zwar ist hier zunächst nur davon die Rede, daß der precario Empfänger und dessen Erbe das Eigenthum der überlassenen Sache so wenig durch usucapio als auch durch longi temporis possessio erwerben könnten; allein was hier vom precario Empfänger gesagt wird, muß in gleicher Weise auch vom Faustpfandgläubiger gelten, da beide zwar ad interdicta, nicht aber ad usucapionem besitzen; wie denn auch dem Faustpfandgläubiger die longi temporis praescriptio ausdrücklich abgesprochen wird:

Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. Apollodorae.

Nec creditores, nec qui his successerunt, adversus debitores pignori quondam res nexas petentes, reddita jure debiti quantitate, vel his non accipientibus, oblata et consignata et deposita: longi temporis praescriptione muniri possunt. Unde intelligis, quod si originem rei probare potes, adversario tenente. vindicare dominium debes. Ut autem creditor pignoris defensione se tueri possit, extorquetur ei necessitas probandi debiti: vel si tu teneas, per vindicationem pignoris hoc idem inducitur: et tibi non erit difficilis, vel solutione vel oblatione atque solenni depositione, pignoris liberatio [24]).

---

23) fr. 11. de diversis temporal. praescript (44. 3.)

24) c. 10. C. de pignorat. act. (4. 24.) cf. c. 12. eod.

Man könnte zwar geneigt seyn, gegen die Beweiskraft dieser Stelle einzuwenden, daß die longi temporis possessio den Pfandgläubiger gegen die Herausgabe der verpfändeten Sache nach getilgter Pfandschuld deßhalb nicht zu schützen vermöge, weil er vom Verpfänder hierauf mit der actio pignoratitia directa aus dem contractus pignoratitius belangt werden könne, persönliche Klagen aber niemals durch die longi temporis praescriptio ausgeschlossen würden. So richtig aber diese Bemerkung an sich ist[25], wonach, selbst wenn der Gläubiger durch longi temporis possessio das Eigenthum der verpfändeten Sache erwerben könnte, er dennoch mit der persönlichen Klage aus dem Pfandkontrakte auf Herausgabe der verpfändeten Sache würde belangt werden können, so schließt sie dennoch den durch obige Stelle zu erbringenden Beweis, daß es einen Erwerb der verpfändeten Sache durch longi temporis possessio auf Seite des Pfandgläubigers oder dessen Erben nicht gebe, keineswegs aus; denn es ist in jener Stelle davon die Rede, daß der Verpfänder sein dominium vindiciren könne, was unmöglich wäre, wenn durch die longi temporis possessio von Seite des Gläubigers das Eigenthum der verpfändeten Sache erworben worden wäre.

So wenig es nun eine usucapio oder longi temporis praescriptio der verpfändeten Sache für den Pfand-

---

25) c. 5. C. quib. non objicitur long. temp. praescriptio (7. 35.) Impp. Diocletianus et Maximianus Ianuario. Neque mutui, neque commodati aut depositi, seu legati, vel fideicommissi, vel tutelae, seu alii cuilibet personali actioni, longi temporis praescriptionem objici posse, certi juris est.

gläubiger gibt, eben so wenig findet ein Erwerb der Sache durch longissimi temporis possessio Statt. Zwar hat Justinian die Eigenthums-Erwerbung durch fortgesetzten Besitz so weit ausgedehnt, daß durch den ununterbrochenen dreißig-, oder, wo zur Extinktiv-Verjährung der Eigenthumsklage vierzig Jahre erforderlich seyn würden, vierzigjährigen Besitz der Sache, selbst wenn es dem Besitzer an einem justus titulus fehlen sollte, dennoch das Eigenthum für den Besitzer begründet werden soll, vorausgesetzt nur, daß der Besitzer sich im Augenblicke des Besitzerwerbes in bona fide befunden, d. h. die Ueberzeugung gehegt hat, er sey mit dem Erwerbe des Besitzes Eigenthümer geworden [26]) Allein gerade der letztere Umstand ist es wodurch auch die longissimi temporis possessio als Erwerbsgrund des Eigenthums für den Pfandgläubiger nothwendig ausgeschlossen werden muß; denn da wo er den Besitz einer Sache als Pfandgläubiger erlangt, da kann er nicht glauben er sey Eigenthümer geworden da dieß einen offenbaren Widerspruch enthalten würde. Wir können also das, was Papinianus oben von dem Ausschlusse der longi temporis possessio bei denjenigen, welche den Besitz nicht sub opinione domini erlangt ha-

26) c. 8. §. 1. C. de praescript. 30. vel. 40. ann. (7.39.) Imp. Justinianus A. Mennae P. P. Quod si quis eam rem desierit possidere, cujus dominus vel is qui suppositam eam habebat, exceptione triginta annorum expulsus est; praedictum auxilium (sc. actionis ad rem vindicandam) non indiscrete, sed cum moderata divisione ei praestari censemus: ut si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti praesidio, sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur.....

ben, sagt, mit vollem Rechte auch auf die longissimi temporis possessio anwenden, und demnach behaupten: Idem juris est, cum de longissimi temporis possessione quaeritur; neque enim recte defendetur, quum exordium rei bonae fidei ratio non tueatur [27].

Dagegen kann die longissimi temporis possessio von Seite des Pfandgläubigers wenigstens die Eigenthumsklage ausschließen, zwar nicht dem Verpfänder, wohl aber einem Dritten gegenüber. Die Eigenthumsklage des Verpfänders kann nämlich deßhalb nicht durch longissimi temporis possessio von Seite des Pfandgläubigers ausgeschlossen werden, weil die praescriptio longissimi temporis denjenigen, welche alieno nomine zu besitzen angefangen haben, überhaupt nicht gegen die Klage des Prinzipals auf Herausgabe der Sache zu Gute kommen soll [28]. War dagegen der Verpfänder nicht Eigenthümer der verpfändeten Sache, sondern ein Dritter, so befand sich der Verpfänder entweder in der Lage, daß er durch 30 oder 40jährigen Besitz das Eigenthum würde erworben haben, d. h. er hatte den Besitz der Sache wenigstens bona fide, nämlich in der Ueberzeugung Eigenthümer geworden zu seyn, erlangt, dann ist ihm auch jetzt das Eigenthum erworben, mithin das Pfandrecht ein vollkommen wirksames, oder der Verpfänder war malae fidei possessor, während der Gläubiger ihn für den Eigenthümer hielt. Daß hier dem Pfandgläubiger gegen die Eigenthums-Klage des Dritten die praescriptio longissimi temporis zustehe, unterliegt, wenigstens nach Röm. Rechte, keinem Zweifel.

---

27) fr. 11. s. f. cit. (44. 3.)

28) c. 2. und 7. §. 6. C. de praescript. 30 vel 40 ann. (7. 39.)

Ob ihm aber nicht auch, für den Fall, daß er nach Ablauf der 30 oder 40 Jahre aus dem Besitze der Sache gekommen ist, eine dingliche Klage auf Wiedererlangung der Sache zustehe, kann deßhalb zweifelhaft erscheinen, weil Justinian in c. 8. §. 1. C. cit. schlechthin an den 30 oder 40jährigen gutgläubigen Besitz eine utilis rei vindicatio geknüpft zu haben scheint [29]. Nach Obigem ist aber einmal so viel gewiß, daß der Pfandgläubiger sich nicht auf den Eigenthums-Erwerb berufen kann, denn wenn nachgewiesen ist, daß er den Besitz der Sache als Pfandgläubiger erlangt habe, so ist damit auch die Möglichkeit der Eigenthums-Ersitzung von seiner Seite ausgeschlossen. Es könnte also die dingliche Klage nur als utilis hypothecaria actio erscheinen, also als Vindikation zwar nicht des Pfandrechtes, denn diese existirt überhaupt nicht, sondern der verpfändeten Sache als Pfandsache. Allein auch diese Klage ist aus dem Grunde unzulässig, weil, wie schon wiederholt bemerkt wurde, die dingliche Pfandklage niemals auf die eigene bona fides des Pfandgläubigers, sondern immer auf das Recht des Verpfänders gegründet ist, woran es im vorausgesetzten Falle eben gebricht [30].

---

29) Vergl. Unterholzner a. a. O. §. 248. No. II.

30) Hier wäre demnach ein Fall vorhanden, wo schon nach Röm. Rechte der 30 oder 40jährige Besitz zwar eine praescriptio gegen die Eigenthumsklage, nicht aber ein selbstständiges dingliches Recht begründete. Eben so muß es sich aber auch im Falle des precario erlangten Besitzes verhalten, wenn der precario dans malae fidei possessor war, in welchem Falle gewiß Niemand dem precario accipiens nach Ablauf von 30 oder 40 Jahren wegen seiner bona fides eine dingliche Klage zusprechen wird; eine Be-

Gibt es nun keinen Besitz des Pfandrechtes und keinen Erwerb durch Zeitablauf, so erklärt sich auch, warum es keine auf die eigene bona fides des Pfandgläubigers gegründete, auf Verfolgung des Pfandrechtes gerichtete Publiciana in rem gibt, da, wie schon oben bemerkt wurde, Obligationen nicht Gegenstand einer vindicatio seyn können.

Hiermit aber wieder nicht zu verwechseln ist das, was über die Ausschließung der Publiciana von Seite des aus dem Besitze der verpfändeten Sache gekommenen Faustpfandgläubigers, in unsern Quellen gesagt wird.

Gajus libro VII. ad Edictum provinciale.

Interdum quibusdam nec ex justis possessionibus competit Publicianum judicium. Namque pignoratitiae et precariae possessiones justae sunt, sed ex his non solet competere tale judicium, illa scilicet ratione, quia neque creditor, neque is qui precario rogavit, eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse [31]).

Gajus behandelt nämlich hier nicht die Frage, warum es keine vindicatio des Pfandrechtes und auch keine auf die eigene bona fides des Pfandgläubigers gegründete, auf Verfolgung des Pfandrechtes gerichtete Publiciana in

merkung, wodurch das, was wir von dem gutgläubigen Besitze des Pfandgläubigers sagten, bestättigt, und über allen Zweifel erhoben wird.

31) fr. 13. §. 1. de Publiciana in rem act. (6. 2.) cf. fr. 22. §. 1. de noxalib. act. (9. 4.) Paulus libro XVIII. ad Edict. Is qui pignori accepit vel qui precario rogavit, non tenetur noxali actione; licet enim juste possideant, non tamen opinione domini possident.

rem gebe; sondern er behandelt nur die Frage, weßhalb dem Faustpfandgläubiger und precario Empfänger, obgleich sie justam possessionem (corporis) hätten, dennoch wegen ihrer justa possessio die Publiciana auf Vindikation der verpfändeten oder precario überlassenen Sache nicht zustehe, und führt hierfür den ganz zutreffenden Grund an, daß es bei ihnen, troß ihrer justa possessio, dennoch an den Bedingungen der Publiciana fehle, indem sie den Besitz der Sache nicht sub opinione domini erlangten, aus welchem Grunde ihnen ja oben auch die Ersitzung der Sache schlechthin abgesprochen wurde. Von beiden Beziehungen aber durchaus verschieden ist die weitere Frage, warum dem Pfandgläubiger selbst für den Fall, wo sich der Verpfänder in conditione usucapiendi befand, nicht die Publiciana in rem zustehen, sondern auch hier die Serviana ausreichen soll [32]; die jedoch erst weiter unten, wo von der Pfandklage insbesondere gehandelt werden wird, ihre Erledigung finden kann.

Aus dem angegebenen Gesichtspunkte erklärt sich aber ferner auch (was hier des Zusammenhanges wegen bemerkt wird,) warum das Pfandrecht nicht mit der usucapio der verpfändeten Sache von Seite eines Dritten hinwegfällt.

Papianus libro XXIII. Quaestionum.

Non mutat usucapio superveniens pro emtore vel pro herede, quo minus pignoris persecutio salva sit.

---

32) fr. 18. de pignorib. (20. 1.) Paulus libro XIX. ad Edictum. Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam. cf. fr. 21. §. 1. eod.

Ut enim ususfructus usucapi non potest, ita persecutio pignoris, quae nulla societate dominio conjungitur, sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur [33].

Idem libro XI. responsorum.

Cum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit. Eos consumtos bona fide emtor utili Serviana restituere non cogetur: pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit: quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur. Quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt [34].

Was in den angeführten Stellen von der usucapio gesagt ist, muß in derselben Weise auch von dem (civilrechtlichen) non usus gelten, obgleich wir hierfür keine ausdrücklichen Belege aus den Quellen anzuführen vermögen. Schon das Stillschweigen der Quellen ist aber zum Beweise des aufgestellten Satzes deshalb hinreichend, weil der Verlust eines Rechtes durch bloßen Nichtgebrauch überall nur da angenommen werden darf, wo das Gesetz denselben ausdrücklich anerkennt, was bei dem Pfandrechte nirgends geschehen ist und auch wegen der inneren Verschiedenheit der Servituten und des Pfandrechtes nicht geschehen konnte.

Die Ausschließung des Verlustes des Pfandrechtes durch usucapio der verpfändeten Sache von Seite eines

---

33) fr. 44. §. 5. de usurpat. (41. 3.)

34) fr. 1. §. 2. de pignorib. (20. 1.) cf. fr. 12. pro emtore, (41. 4.) fr. 2. pr. pro herede (41. 5.) c. 7. C. de pignorib. (8. 14.)

Dritten sowohl, als auch durch bloßen civilrechtlichen Nichtgebrauch von Seite des Gläubigers würde sich zunächst wieder aus dem prätorischen Ursprunge des Pfandrechtes erklären, wonach Erlöschungsgründe, die bloß dem Civilrechte angehörten, bei demselben unzulässig erscheinen mußten; allein wenn auch das Pfandrecht als dingliches Recht schon im Civilrechte anerkannt gewesen, und dabei der Gesichtpunkt der obligatio aufgefaßt worden wäre, wäre doch auch hiermit der Grund gegeben, warum das Pfandrecht durch die angegebenen Erlöschungsarten nicht hinwegfallen konnte, da nach Civilrecht der Grundsatz feststand: nihil magis naturale est, quam eo genere quidque dissolvi quo colligatum est“ [35]), Obligationen aber, und sonach auch das Pfandrecht, durch bloßen Zeitablauf nicht entstehen, und eben deßhalb auch nicht erlöschen konnten. Freilich erlöschen auch die Servituten nicht durch usucapio der dienenden Sache von Seite eines Dritten [36]), aber aus einem ganz andern, als dem beim Pfandrechte entscheidenden, Grunde. Die in der servitus enthaltenen Befugnisse sind nämlich materiell im Eigenthume gelegen, kommen aber erst dann als ein selbstständiges Recht in Betracht, wenn sie aus dem Umfange des Eigenthumsrechtes ausgeschieden, und sonach formell als selbstständiges Recht constituirt sind. So lange nun der

---

35) fr. 35, 100, 153. de R. I. (50. 17.) fr. 46. de acq. poss. (41. 2.) fr. 44. §. 1. de O. et A. (44. 7.) fr. 80. de solutionib. (46. 3.) fr 8. §. 3. de acceptil. (46. 4.) §. 4. I. quib. modis toll. obl. (3. 30.) c. 1. C. quando liceat ab emt. (4. 25.) Ulp. Fr. II. §. 12.

36) fr. 44. §. 4. de usurpat. [41. 3.] fr. 17. §. 2. de usufr. [7. 1.] fr. 19. quib modis ususfr. amitt. [7. 4.]

Berechtigte sich in der Ausübung seines Rechtes befindet, kann begreiflicher Weise dasselbe nicht verloren gehen, sollte auch ein Dritter die dienende Sache usucapiren; erst also durch die Nichtausübung desselben kann es als selbstständiges Recht aufhören, und in Folge der Attraktionskraft des Eigenthums wieder in den Umfang des Letzteren zurückkehren; was sich beim Pfandrechte, welches dem Gläubiger keine materiellen Eigenthumsbefugnisse gewährt, sondern blos in der obligatio rei, mithin in der Klage besteht, ganz anders verhält; wie dieß sich weiter unten noch genauer herausstellen wird.

Es sind also zwar weder usucapio der verpfändeten Sache von Seite eines Dritten noch der bloße civilrechtliche non usus von Seite des Berechtigten Erlöschungsgründe des Pfandrechtes; wohl aber erlischt dasselbe mit der longi temporis possessio von Seite des dritten gutgläubigen Besitzers, wie dieß dem prätorischen Ursprunge des Pfandrechtes und dem Wesen der longi temporis possessio, wodurch der Besitzer gegen jede actio in rem völlig sicher gestellt werden sollte [37]), auch vollkommen entspricht. Dagegen konnte sich der Verpfänder so wie dessen Erbe natürlich niemals mit der praescriptio longi temporis gegen die Pfandklage schützen, weil es bei ihnen nothwendig an der zur praescriptio longi temporis erforderlichen bona fides gebrach:

Imp. Gordianus A. Veneriae..

Diuturnum silentium longi temporis praescriptione

37] Unterholzner a. a. O. Bd. I. §. 10. Bd. II. §. 174. und §. 249. No. I. Reinhardt die usucapio und praescriptio des Röm. Rechts §. 87.

corroboratum, creditoribus pignus persequentibus, inefficacem actionem constituit; praeterquam si debitores, vel qui in eorum jura successerunt, obligatae rei possessioni incumbant. Ubi autem creditori a possessore longi temporis praescriptio objicitur, personalis actio adversus debitorem salva ei competit [38].

Das was hier von der longi temporis possessio bemerkt wurde, muß in derselben Weise auch dann eintreten, wenn der dritte Besitzer den Besitz zwar nicht justo titulo aber doch bona fide erlangt, und 30 oder 40 Jahre lang ununterbrochen fortgesetzt hat, so daß hierdurch ebenfalls die Sache von dem Pfandnexus befreit ist [39]; womit dann aber der Einfluß den der 30- oder 40jährige Besitz auch ohne Voraussetzung der bona fides nach c. 7. C. de praescript. 30. vel 40. ann. (7. 39.) auf das Pfandrecht äußert, nicht verwechselt werden darf, ein Einfluß den wir jedoch hier noch nicht bestimmen können.

VI.

Wir erhalten aber aus der bemerkten Natur des Pandrechtes

C. auch den nöthigen Aufschluß über eine andere Eigenthümlichkeit des Pfandrechtes. Das Pfandrecht soll nämlich nicht per procuratorem erworben werden können; wie dieß schon von Ulpian deutlich gesagt wird:

Ulpianus libro XVIII. ad Edictum.

---

38) c. 1. C. si adversus credit. praescriptio opponatur (7. 36.) cf. c. 2. C. eod. c. 19. C. de evict. (8. 45.) fr. 5. und 12. de diversis temporal. praescript. (44. 3.)

39) Unterholzner a. a. O. §. 249. No. II.

Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non acquiritur: adeo ut ne per procuratorem plerumque vel tutorem acquiratur; et ideo ipsi actione pignoratitia convenientur. Sed nec mutat, quod constitutum est ab imperatore nostro, posse per liberam personam possessionem acquiri, nam hoc eo pertinebit, ut possimus pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem vel tutorem apprehendere; ipsam autem obligationem libera persona nobis non semper adquiret [1]).

Wir haben diese Stelle schon oben zur Begründung des Satzes, daß die dingliche Pfandklage selbst beim pignus nicht an die Besitzüberlassung der Sache geknüpft sey, benutzt, und wollen hier nur noch einem, wenigstens möglichen, Einwande begegnen. Man könnte nämlich wegen der Worte: „et ideo ipsi actione pignoratitia convenientur, glauben, daß hier nicht von dem Erwerbe des Pfandrechtes, sondern nur davon die Rede sey, daß der Prokurator den Prinzipal nicht aus dem contractus pignoratitius verpflichten könne, daß vielmehr durch denselben immer nur der Prokurator verpflichtet werde; allein obgleich auch dieses richtig ist, so läugnet doch Ulpian zugleich auch den Erwerb des Pfandrechtes durch den Prokurator, denn er sagt, daß zwar die possessio der verpfändeten Sache durch den Prokurator erworben werde, nicht aber die obligatio pignoris; daß aber die obligatio pignoris das Pfandrecht bezeichne, und nicht die aus dem contractus pignoratitius entspringende persönliche Verbindlichkeit des Gläubigers, kann deßhalb keinem Zweifel unterliegen, weil „acquirere obligationem“

---

1) fr. 11. §. 6. de pignorat. act. (13. 7.)

immer nur von Seite des Gläubigers, nicht aber von Seite des Schuldners gebraucht wird [2]) und ohnehin auch schon das vorhergehende „pignoris nobis obligati possessionem apprehendere“ deutlich zeigt, daß hier der Ausdruck obligatio in seiner activen, nicht aber in seiner passiven Bedeutung stehe. Eben so deutlich wird aber jener Satz auch in einer Verordnung Justinian's ausgesprochen:

Imp. Iustinianus A. Iuliano P. P.

Cum per liberam personam si pecunia alterius nomine fuerit numerata, acquiratur (quidem) ei, cujus nomine pecunia credita credita est, per hujusmodi numerationem condictio, non autem hypotheca vel pignus eorum quae procuratori data vel supposita sunt, dominis contractus acquiritur: talem differentiam expellentes sancimus et condictionem et hypothecariam actionem, vel pignus ipso jure et sine aliqua cessione ad dominum contractus pervenire. Si enim procuratori necessitas legibus imposita est, domino contractus cedere actionem, quare quemadmodum ab initio in personali actione cessio supervacua videbatur, non etiam in pignoribus et hypothecis simili modo dominus contractus habeat hypothecariam actionem, seu pignoris vinculum vel retentionem, sibi acquisitam? [3])

---

2) Tit J. per quas personas nobis acquiritur obligatio (3. 29.) fr. 9. §. 8. de reb. credit. (12. 1.) Riebel in Hugo's civil. Magaz. Bd. 5. S. 107 — 110.

3) c. 2. C. per quas personas (4. 27.) daß übrigens zwischen pignoris vinculum vel retentionem nicht ein Comma eingeschoben werden dürfe, wie dieß in den gewöhnlichen Ausgaben

E*

Aus dieser Stelle erhellet, wie strenge man sich an den Grundsatz hielt, daß das Pfandrecht nicht durch freie Stellvertreter erworben werden könne; denn während man bei dem mutuum in mancher Beziehung utilitatis causa von der Strenge des Rechtes abgegangen war [4]), namentlich auch insofern, daß man, wenn Jemand sein eigenes Geld im Namen eines Anderen als Darlehn weggegeben hatte, diesem die obligatio und sonach auch die condictio ex mutuo von Anfang an ipso jure, d. h. hier ohne Cession, als erworben betrachtete [5]), so war man doch rücksichtlich des Pfandrechtes noch bei der alten Strenge stehen geblieben, und hielt deßhalb, wenn der Schuldner in einem solchen Falle für das empfangene Darlehn eine Sache verpfändet hatte, noch eine Cession der Pfandklage von Seite dessen, der im Namen des Anderen das Darlehn gegeben hatte, an diesen hier für nöthig. Diese zwischen der obligatio principalis und accessoria Statt findende Verschiedenheit mißfiel Justinian mit Recht, und deßhalb bestimmte er in der vorliegenden Constitution, daß das, was bei der obligatio principalis gelte, ebenso auch bei der obligatio accessoria eintreten solle, so daß auch die obligatio pignoris dem, in dessen Namen das Darlehn war gegeben worden, eben so wie die obliga-

des corpus juris der Fall ist, erhellet daraus, daß die Lage des creditor hypothecarius sich zunächst nur zur Klage, die des creditor pignoratitius zunächst nur zur retentio eignet, was eben Justinian durch jenen Gegensatz zwischen hypothecaria actio und pignoris vinculum vel retentio bezeichnen wollte. Vergl. auch meine Abhandlung über die Klagenverjährung S. 7 — 21.

4) fr. 9. §. 9. fr. 11 pr. fr. 15. de reb. credit. (12. 1.)

5) fr. 2. §. 4. fr. 8. eod.

tio ex mutuo von Anfang an als directa zustehen, mithin eine Cession der actio hypothecaria gleichfalls nicht weiter erforderlich seyn solle.

Aus der Vergleichung dieser Verordnung Justinian's mit der oben angeführten Stelle von Ulpian, ergibt sich die Richtigkeit der Ansicht derjenigen Rechtslehrer, welche die Worte „plerumque“ und „non semper“ in dem Pandekten-Fragmente für eine Interpolation Tribonian's halten [6]). Zwar könnte hier eine anderweite Aeußerung Ulpian's einigen Zweifel erregen:

Ulpianus libro XXIII. ad Edictum.

Si inter colonum et procuratorem meum convenerit de pignore, vel ratam habente me conventionem, vel mandante, quasi inter me et colonum meum convenisse videtur [7]).

Da wir jedoch keinen Widerspruch unter den verschiedenen Stellen, am wenigsten zwischen Stellen welche von demselben Verfasser herrühren, annehmen dürfen, so muß obige Stelle davon verstanden werden, daß der Prokurator mit Einwilligung des Gewaltgebers eine Sache des Letzteren giltig verpfänden könne [8]); wenn man nicht an-

---

6) Vergl. Mühlenbruch Cession S. 77. Note 135.

7) fr. 21. pr. de pignorib. (20. 1.)

8) c. 8. C. si aliena res pignori (8. 16.) Impp. Honorius et Theodosius A. A. Joanni P. P. Nexum non facit praediorum, nisi persona quae jure potuit obligare. Per servum autem, aut per procuratorem, colonumve, actorem seu conductorem (ullum) praejudicium possessioni, invito, vel inscio domino, imponi non posse, et jure et legum auctoritatibus declaratur. cf. c. 1. u. 2. C. eod.

nehmen will, daß hier der procurator als bloßer nuntius in Betracht komme [9]).

Diese Eigenthümlichkeit des Pfandrechtes, daß es nicht durch freie Stellvertreter erworben werden kann, erklärt sich nun vollständig wieder aus der Natur der obligatio. Obligationen können nämlich überhaupt durch freie Stellvertreter nicht unmittelbar erworben werden, weil eben die Grundbedingung des unmittelbaren Erwerbes durch freie Stellvertreter, der Besitz ausgeschlossen, ist [10]), was demnach auch auf das Pfandrecht vollkommen Anwendung leidet.

Genau mit der eben bemerkten Eigenthümlichkeit des Pfandrechtes hängt die andere zusammen, daß nämlich das Pfandrecht nicht so wie das Eigenthum, die Emphyteuse und Superficies an Andere veräußert werden kann, sondern daß eine Uebertragung des Pfandrechtes wieder nur in derselben Weise Statt findet wie bei Obligationen überhaupt, also nur durch Cession der Pfandklage [11]). Allgemein d. h. hier in Beziehung auf Forderungsrechte überhaupt stellt diese Regel auf:

Gajus comm. II. §. 38. 39.

Obligationes quoquo modo contractae, nihil eorum

9) Gajus III. §. 136. §. 2. J. de oblig. ex consensu (3. 23.) fr. 23. §. 1. de pignorib. (20. 1.)

10) c. 1. C. per quas personas (4. 27.) Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. Marcellae. Excepta possessionis causa, per liberam personam, quae alterius juri non est subdita, nihil acquiri posse, indubitati juris est. cf. §. 5. J. eod. (2. 9.) Mühlenbruch Cession §. 5.

11) Mühlenbruch Cession S. 10. Note 19.

recipiunt. Nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur id efficere possum, sed opus est, ut jubente me tu ab eo stipuleris: quae res efficit, ut a me liberetur, et incipiat tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis. Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea, quasi cognitor aut procurator meus experiri.

Es ist nämlich das Charakteristische der Obligation, daß wenn sie in der Person des seitherigen Gläubigers oder Schuldners aufgehört hat, sie auch gänzlich erloschen ist; woraus nothwendig folgt, daß die seitherige Obligation nicht als solche auf einen Andern in der Art übertragen werden kann, daß der seitherige Gläubiger aufhörte Gläubiger zu seyn, weil ja dadurch die Obligation selbst aufhören würde. Soll also der seitherige Gläubiger aufhören Gläubiger zu seyn, und ein Anderer an dessen Stelle treten, so kann dieß nur dadurch bewirkt werden, daß der Schuldner diesen als seinen Gläubiger an der Stelle des früheren anerkennt, novatio obligationis, wodurch die alte obligatio erlischt, zugleich aber auch eine neue an deren Stelle tritt. Abgesehen von dem Falle der Novation kann demnach eine Uebertragung eines Forderungsrechtes unmöglich in der Art Statt finden, daß der seitherige Gläubiger aufhörte Gläubiger zu seyn, weil in dem Momente wo dieß einträte auch die Obligation erloschen, mithin eine Uebertragung derselben undenkbar seyn würde. Nur so also, daß das Forderungsrecht nach wie vor in der Person des seitherigen Gläubigers fortdauert, dieser aber sein Forderungsrecht durch einen Andern zur Ausübung bringen läßt, ist eine translatio obligationis möglich. Diese wenigen Bemerkungen mögen hier hinreichen um auf die Bedeutung

der Cession der Forderungsrechte und deren wesentliche Verschiedenheit von der Uebertragung sonstiger Rechte aufmerksam zu machen, und zu zeigen, daß die Cession eines Forderungsrechtes niemals eine Veräußerung desselben im engeren Sinne enthalte, und daß die im Römischen Rechte hierüber aufgestellten Prinzipien so nothwendig aus der Natur der obligatio folgen, daß dieselben auch bei uns in ihrem vollen Umfange zur Anwendung kommen müssen.

Das was von Forderungsrechten überhaupt bemerkt wurde, muß in derselben Weise, nothwendig auch beim Pfandrechte eintreten, denn auch das Pfandrecht erlischt dadurch, daß der seitherige Pfandgläubiger aufhört es zu seyn, woraus wieder von selbst folgt, daß eine Uebertragung des Pfandrechtes nicht in der Art Statt finden kann wie eine Uebertragung des Eigenthums u. s. f., sondern nur in der Art, daß das Pfandrecht in der Person des seitherigen Gläubigers fortbesteht, die Geltendmachung desselben aber einem Andern überlassen wird; wie denn dieß auch deutlich in unsern Quellen ausgesprochen wird:

Papinianus libro XXVIII. Quaestinionum.

Si cum venditor admonuisset emtorem, ut Publiciana potius, vel ea actione quae de fundo vectigali proposita est, experiretur, emtor id facere supersedit, omnimodo nocebit ei dolus suus, nec committitur stipulatio. Non idem in Serviana quoque actione probari potest: haec enim, etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem avocat, et soluta pecunia venditori dissolvitur: unde fit, ut emtori suo nomine non competat [12].

---

12) fr. 66. de evict. (21. 2.) cf. fr. 9. §. 2. de statu liberis (40. 7.)

Also im eigenen Namen kann der Dritte die Pfandklage deßhalb nicht anstellen, weil das Pfandrecht dadurch, daß der seitherige Pfandgläubiger aufhört es zu seyn, selbst erlischt; nur also alieno nomine, mandatis vel cessis actionibus, kann der Dritte das fremde Pfandrecht zur Ausübung bringen.

Imp, Alexander A, Salustio.

Cum alter ex fidejussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum qui una fidejussit, non competit. Potuisti sane, cum fisco solveres, desiderare, ut jus pignoris quod fiscus habuit, in te transferretur: et si hoc ita factum est, cessis actionibus uti poteris. Quod et in privatis debitis observandum est[13].

Idem A. Salvo.

Mandati actio personalis est, quae si nomine fidejussoris, vel adversus debitorem, seu heredes ejus competit: Praeses provinciae quae deberi compererit, reddi jubebit. Pignora etenim, quae reo stipulandi nexa fuerunt, ita demum ad vos transeunt, si facta nominis redemtione solutio celebrata est, vobisque mandatae sunt actiones. Quod si factum est: ea quoque vobis persequentibus adversus (pignorum) possessores extraordinariam jurisdictionem idem vir clarissimus impertietur[14].

VII.

Eine anderweite Folge der blos obligatorischen Natur des Pfandrechtes zeigt sich ferner:

---

13) c. 11. C. de fidejussorib. (8. 41.)

14) c. 14. C. eod. cf. c. 2. und c. 21. C. eod. und fr. 73. pr. ad Sctum Treb. (36. 1.)

D. darin, daß dasselbe nicht, wie die servitus, bei Uebertragung des Eigenthums in der Art vorbehalten werden kann, daß es als, im Momente der Uebertragung des Eigenthums, bei dem früheren Eigenthümer zurückgeblieben erschiene, sondern stets nur in der Art, daß es in Folge eines solchen Vorbehalts doch nur als zuerst von dem neuen Eigenthümer bestellt betrachtet wird.

Zwar steht bei den Servituten der Grundsatz: „nulli res sua servit"[1]) eben so fest, wie bei dem Pfandrechte der Grundsatz: suae rei pignus consistere non potest[2]), und demnach sollte man glauben, daß eine servitus so wenig wie ein pignus bei der Uebertragung des Eigenthums in der Art vorbehalten werden

---

1) fr. 5. pr. si usufructus petatur (7. 6.) Ulpianus lib. XVII. ad Edictum. Uti frui jus sibi esse, solus potest intendere qui habet usumfructum: dominus autem fundi non potest. Quia qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet: nec enim potest ei suus fundus servire... fr. 26. de servit. praed. urb. (8. 2.) Paulus lib. XV. ad Sabinum. In re communi nemo dominorum, jure servitutis neque facere quicquam invito altero potest, neque prohibere, quo minus alter faciat e nulli enim res sua servit. — cf. fr. 33. §. 1. d: servit. praed. rust. (8. 3.) fr. 10. comm. praed. (8. 4.) fr. 23. de jure dot. (23. 3.)

2) fr. 45. de R. J. (50. 17.) Ulpianus libro XXX. ad Edictum. Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emtio, neque locatio rei suae consistere potest. cf. fr. 29. de pignorat. act. (13. 7.) fr. 9. pr. quib. mod. pign. (20. 6.) fr. 33. §. 5. de usurpat. (41. 3.)

könne, daß die servitus als im Momente der Eigenthums-Uebertragung bei dem früheren Eigenthümer zurückgeblieben erschiene, sondern daß sie vielmehr immer erst als von dem neuen Eigenthümer bestellt betrachtet werden müsse, indem Niemand Etwas zurückbehalten könne, was er noch nicht gehabt habe, eine servitus aber dem Eigenthümer an seiner eigenen Sache eben so wenig zugestanden habe als ein Pfandrecht, mithin auch eben so wenig zurückbehalten werden könne, wie letzteres. So wohlbegründet nun aber auch dieser Schluß zu seyn scheint, so würde er uns doch mit unsern Quellen in direkten Widerspruch bringen; denn nach diesen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß es einen Vorbehalt der servitus in der Art geben, daß diese als vom früheren Eigenthümer zurückbehalten erscheine. Am deutlichsten wird dieß von dem ususfructus gesagt:

Paulus libro I. manualium.

Per mancipationem deduci ususfructus potest: non etiam transferri. Per do lego legatum et per in jure cessionem et deduci et dari potest. Item potest constitui et familiae erciscundae vel communi dividundo judicio legitimo. In re nec mancipi per traditionem deduci ususfructus non potest. Civili enim actione constitui potest, non traditione, quae juris gentium est [3]).

Die mancipatio war eine Uebertragungsart körperlicher Sachen, und sonach konnte ein Ususfrukt, so wie eine Servitut überhaupt, als res incorporalis, abgesehen von

3) Vat. Fr. §. 47. (Ueber diese Stelle vergl. Alex. de Buchholtz in commentario ad Vat. Fragm.) Gajus II. 33. Vat. Fr. §. 45. 50. 51. 78. 80. 82.

den servitutes praediorum rusticorum welche als res mancipi auch durch mancipatio bestellt werden konnten [4]), nicht veräußerungsweise bestellt werden [5]), wohl aber sollte der Eigenthümer bei Uebertragung seines Eigenthums durch mancipatio den Usufrukt zurückbehalten können, denn das was hier durch mancipatio übertragen wurde, war nicht das unkörperliche jus utendi fruendi, sondern die körperliche Sache selbst, das dominium rei corporalis, mit Abzug der den Usufrukt bildenden Befugnisse. Was Paulus ferner über die Begründung des Usufrukts durch die adjudicatio in Folge des judicium familiae erciscundae und communi dividundo bemerkt, daß nämlich der Usufrukt nur dann auf die angegebene Weise entstehen könne, wenn die adjudicatio in Folge eines judicium legitimum erfolgt sey, bezieht sich die auf civilrechtliche Begründung des Usufrukts, welche natürlich nur si judicio legitimo, nicht aber si judicio quod imperio continebatur, actum fuerat [6]) herbeigeführt werden konnte, obgleich im letzteren Falle der ususfructus tuitione praetoris bestand; ein Unterschied der jedoch im Justinianischen Rechte mit dem Verschwinden des Unterschiedes zwischen judicia legitima und quae imperio continebantur, hinweggefallen ist. Ebenso verhält es sich mit dem was Paulus über die traditio als Entstehungsart des Usufrukts sagt; ein transferre des Usufrukts durch traditio konnte nämlich deßhalb nicht Statt finden, weil auch die traditio nur bei körperlichen Gegenständen eintrat [7]) aber auch eine deductio

---

4) Gajus II. 17. 29. Ulpianus Fr. XIX. 1.

5) Gajus II. 28 und 30.

6) Gajus IV. §. 103—110.

7) Gajus II. 28.

desselben sollte selbst bei res nec mancipi nicht Statt finden können, weil der Usufrukt als ein dem Civilrechte angehöriges Institut, auch nur auf civilrechtliche Weise begründet werden konnte. Dagegen schützte der Prätor wieder den Erwerb des Usufrukts durch quasi traditio, und ebenso auch die deductio ususfructus bei der traditio einer körperlichen Sache, und im Justinianischen Rechte sind, nach dem Wegfallen der mancipatio und in jure cessio, gerade die quasi traditio und die deductio des ususfructus bei der traditio rei corporalis, die gewöhnlichsten Entstehungsgründe des ususfructus [8]).

Aber nicht blos der ususfructus soll bei Uebertragung des Eigenthums vorbehalten werden können, sondern eben so auch die übrigen Servituten:

Javolenus libro II. epistolarum.

Proprium solum vendo, an servitutem talem injungere possim, ut mihi et vicino serviat? Similiter si commune solum vendo, ut mihi et socio serviat, consequi possim? Respondi: Servitutem recipere nisi sibi nemo potest. Adjectio itaque vicini pro supervacuo habenda est, ita ut tota servitus ad eum qui exceperit, pertineat. Solum autem commune vendendo, ut mihi et socio serviat, efficere non possum, quia per unum socium communi solo servitus acquiri non potest [9]).

---

8) Vat. fr. §. 61. fr. 11. §. 2. de Publiciana (6. 2.) fr. 32. fr. 54. de usufr. (7. 1.) fr. 1. §. 4. fr. 3. §. 1. fr. 5. fr. 6. §. 1. de usufr. accrescendo (7. 2.) fr. 17. quib. modis ususfr. amitt. (7. 4.) fr. 4. si ususfr. petat. (7. 6.)

9) fr. 5. comm. praed. (8. 4.) cf. fr. 6. §. 3. fr. 7 und 8. eod.

Demnach könnte es auffallend erscheinen, warum das Pfandrecht nicht in eben der Weise soll vorbehalten werden können:

Ulpianus libro XXXV. ad Edictum.

Si minor viginti quinque annis emerit praedia, ut quoad pretium solveretur, essent pignori obligata venditori, non puto pignus valere; nam ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari [10]).

Zur Veräußerung oder Verpfändung der Grundstücke oder sonstigen kostbaren Sachen eines Minderjährigen genügt selbst nicht die auctoritatis interpositio des Tutors oder der consensus des Curators, es ist vielmehr daneben immer ein decretum alienandi von Seiten der Obrigkeit erforderlich [11]). Nun aber behandelt Ulpian den Fall, wo einem Minderjährigen ein Grundstück war verkauft worden, der Verkäufer sich jedoch bis zur Abtragung des Kaufschillings ein Pfandrecht an dem Grundstücke vorbehalten hatte, und läugnet auch für diesen Fall die Giltigkeit des Pfandrechts, weil das Pfandrecht erst nach der Erwerbung des Eigenthums durch den Minderjährigen entstehen könne, dann aber eine Verpfändung (ohne decretum alienandi) unzulässig sey; während man nach Analogie der Servituten hätte erwarten sollen, daß das vor der Uebertragung des Eigenthums von dem seitherigen Eigenthümer vorbehaltene Pfandrecht deßhalb als giltig betrachtet werden müsse, weil dasselbe hier nicht als von dem Minderjährigen an **seinem** Grundstücke be-

10) fr. 1. §. 4. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9.)

11) tit. D. de reb. eor. qui sub. tut. (27. 9.) c. 22. und 28. §. 5. C. de adm. tut. (5. 37.)

stellt erscheine, sondern vielmehr das Grundstück als verpfändet sey erworben worden, und wirklich macht auch Paulus diesen Einwurf:

Paulus libro singulari ad orationem Divi Severi.

Sed hic videtur illud movere, quod cum dominio pignus qauesitum est, et ab initio obligatio inhaesit. Quod si a fisco emerit, nec dubitatio est, quin jus pignoris salvum sit. Si igitur talis species in privato venditore inciderit, imperiali beneficio opus est, ut rescripto pignus confirmetur [12]).

Obgleich also Paulus dem Ulpian selbst den bemerkten Einwurf macht, so stimmt er doch mit der Entscheidung desselben überein, wie sich dieß besonders dadurch zeigt, daß er nur eine Ausnahme für den Fall gestattet, wo der Minderjährige ein Grundstück vom Fiscus unter dem Vorbehalte eines Pfandrechtes erworben habe, da aber, wo ein privatus sich bei der Veräußerung seiner Sache ein Pfandrecht an derselben vorbehalten habe, dasselbe als vor der Erwerbung des Eigenthums durch den Käufer nur dann als begründet betrachtet, wo dasselbe durch kaiserliches Rescript sey bestättigt worden, wodurch freilich in jure Alles möglich wurde.

Es fragt sich demnach über den Grund dieses Unterschiedes zwischen Servitut und Pfandrecht: und dieser kann nur in der inneren Verschiedenheit beider Rechts-Institute liegen und gefunden werden.

Die servitus ist nämlich, wenn wir uns so ausdrücken dürfen, ein materiell dingliches Recht, d. h. die in der servitus liegenden Befugnisse sind materiell im

---

12) fr. 2. de reb.eorum [27. 9]

Eigenthume enthalten, kommen aber, so lange sie mit dem Eigenthume verbunden sind, nicht als ein selbstständiges Recht in Betracht, weil sie eben so lange nur als Ausfluß des Eigenthums erscheinen, und dieß ist der Sinn der Regel: „nulli res sua servit“ [13]). Erst also mit der Ausscheidung bestimmter Befugnisse aus dem Umfange des Eigenthums, können diese als selbstständiges Recht, als servitus, in Betracht kommen. Eine solche Ausscheidung kann nun freilich zunächst und am natürlichsten dadurch erfolgen, daß der Eigenthümer einzelne Befugnisse aus dem Umfange seines Rechtes absondert und dieselben als selbstständiges Recht einem Dritten einräumt; es hat aber nichts Widersprechendes, eine solche Ausscheidung auch in der Art anzunehmen, daß der seitherige Eigenthümer bei der Uebertragung des Eigenthums an einen Anderen gewisse Befugnisse aus dem Umfange des Eigenthums zurückbehalte, welche Befugnisse dann durch Uebertragung des corpus der Sache an einen Andern, sich als selbstständiges Recht, als servitus darstellen, nicht aber so, als seyen sie von dem neuen Eigenthümer erst ausgeschieden, sondern so, daß sie im Momente des Eigenthumserwerbs schon aus dem Umfange desselben abgesondert waren, mithin das Eigenthum nur mit Ausschluß dieser Befugnisse erworben wurde.

Ganz anders verhält sich aber die Sache bei dem Pfandrechte. Das Pfandrecht ist nämlich gar kein mate-

---

13) Vergl. oben Note 1. Dieß ist es auch was Ulpian in dem dort citirten fr. 5. pr. si ususfr. petat. [7. 6.] sagt, wenn er bemerkt: qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet; woraus bei den Neuern die Unterscheidung zwischen ususfructus conjunctus und separatus geworden ist.

riell dingliches Recht, d. h. es enthält das Pfandrecht gar keine materiell in dem Umfange des Eigenthums gelegenen Befugnisse, sondern besteht blos in der obligatio rei; das Pfandrecht ist ein Recht: quod nulla societate dominio conjungitur, sed sola conventione constituitur" [14]), selbst das Faustpfand: „nudam tantum possessionem transfert" [15]), nicht aber materielle Eigenthums-Befugnisse; ja der Faustpfandgläubiger begeht ein furtum usus, wenn er die ihm verpfändete Sache benutzt oder gebraucht [16]); und er erwirbt daher auch durch den ihm verpfändeten Sclaven nichts, nicht einmal den Besitz, obgleich er den Sklaven selbst besitzt [17]). Dadurch erklärt sich zugleich, warum der Vormund eines Minderjährigen zur Veräußerung der dem Minderjährigen verpfändeten Sache nicht eines decretum alienandi bedarf, denn er veräußert hier nur eine fremde Sache:

Ulpianus libro XXXV. ad Edictum.

Si fundus pupillo pignoratus sit, an vendere tutores possint? hunc enim quasi debitoris, hoc est alienum vendunt. Si tamen impetraverat pupillus vel pater ejus, ut jure dominii possideat, consequens erit dicere, non posse distrahi quasi praedium pupillare [18]).

Deßhalb wird ferner die remissio pignoris unter Ehegatten nicht als gegen das Verbot der Schenkungen

---

14) fr. 44. §. 5. de usurpat. (41. 3.)

15) fr. 35. §. 1. de pignerat. act. [13. 7.]

16) §. 6. J. de obligat. quae ex delicto [4. 1.] fr. 56. pr. de furtis [47. 2.]

17) fr. 37. pr. de acq. rer. dom. [41.] cf. fr. 1. §. 15. de acq. poss. [41. 2.]

18) fr. 4. §. 2. de reb. cor. [27. 9.]

unter denselben anstreitend angesehen, da materiell dem Gläubiger an der verpfändeten Sache Nichts gehört [19]; und deßhalb kann der Verpfänder, dessen Sache durch Legat von dem Pfandnexus befreit wird, nicht mit einem Fideicommisse beschwert werden, weil er dadurch materiell Nichts erwirbt:

Ulpianus libro I. fideicommissorum.

Si autem pignus debitoris liberavero mortis causa, et ejus fidei commisero, non potest valere fideicommissum [20].

Zwar läßt sich möglicherweise gegen das bisher Gesagte einwenden, der Pfandgläubiger habe doch das jus alienandi rem pigneratam, und dieß sey ja an sich nur ein im Eigenthume enthaltenes Recht; allein diese Befugniß widerstreitet dem Gesagten gar nicht. Einmal müssen wir uns erinnern, daß die Befugniß des Gläubigers die verpfändete Sache zu veräußern, gar nicht zum Wesen des Pfandrechtes gehört; denn wäre dieß der Fall, so würde in allen den Fällen, wo der Verpfänder sich ausbedungen hatte, daß der Gläubiger die Sache nicht veräußern solle, wodurch im früheren Rechte dem Gläubiger die Veräußerungs-Befugniß schlechthin entzogen war, kein Pfandrecht bestanden haben, was doch Niemand behaupten wird, da selbst in unsern Quellen die Veräußerungs-Befugniß genau vom Pfandrechte geschieden wird:

Africanus libro VIII. institutionum.

Iidem principes (sc. D. Severus et Antoninus) re-

---

19) fr. 11. quib. mod. pign. [20. 6.] c. 11. C. ad Sctum Veil. [4. 29.]

20) fr. 3. §. 4. de leg. 3.

scripserunt: filiis ante diem fideicommissi venientem restitui hereditatem maternam necesse non esse, sed praestare heredem posse vulgarem cautionem, aut si praestare eam non poterit, mitti liberos in possessionem fideicommissi servandi causa, ut pro pignore, non ut pro dominis possideant, vel alienandi jus, sed ut pignus habeant; ut filius per patrem fructus consequatur, et servus per dominum[21]).

Es beruhte vielmehr die Veräußerungs-Befugniß gerade wie die Befugniß die Sache, im Falle der Schuldner nicht zur bestimmten Zeit zahlen werde, eigenthümlich besitzen zu können, immer auf einem besonderen Vertrage[22]). So wenig daher mit dem Verbote der lex commissoria[23]) das Wesen des Pfandrechtes aufgehört hat, eben so wenig ist dadurch, daß nach neuerem Rechte, dem Pfandgläubiger die Veräußerung, jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen, selbst für den Fall gestattet seyn soll, wo der Verpfänder bei der Verpfändung die Veräußerung sollte untersagt haben[24]), das Wesen des Pfandrechtes in die Veräußerungs-Befugniß gesetzt worden; vielmehr stellt sich auch jetzt die Veräußerungs-Befugniß des Gläubigers immer nur als neben seinem Pfandrechte bestehend, jedoch stets mit demselben verbunden dar;

---

21) fr. 114. §. 12. de leg. 1. cf. fr. 5. §. 21. ut in possess. legat. [36. 4.]

22) Gajus II. 64. fr. 6. §. 8. comm. div. [10. 3.] Tit. D. de pignorat. act. [13. 7.] fr. 14. §. 5. de diversis temporal. praescript. [44. 3.]

23) Pauli R. S. II. 13. c. 3. C. de pactis pignorum et commissoria lege in pignoribus rescindenda [8. 35.]

24) fr. 4. de pignorat. act. [13. 7.]

wie dieser Gesichtspunkt auch noch von Justinian ausdrücklich anerkannt wird [25]). Auf der andern Seite ist ja aber dadurch das Veräußerungsrecht dem Verpfänder nicht entzogen, mithin nicht zu einem eigenthümlichen Rechte des Gläubigers geworden; er übt vielmehr hier immer nur ein fremdes Recht aus, und erscheint demnach insofern immer als Prokurator des Verpfänders [26]).

Enthält also das Pfandrecht gar keine materiell im Eigenthume gelegenen Befugnisse, so erhellet, daß ein Vorbehalt desselben in der Art wie bei den Servituten nicht vorkommen kann, weil eben eine obligatio in dem Eigenthume nicht so enthalten ist, wie eine servitus. Zwar liegt in dem Umfange der Eigenthumsrechte auch die Befugniß die Sache zu verpfänden, ebenso wie die Befugniß eine Servitut an der Sache zu bestellen, aber die dem Pfandgläubiger als solchem zustehenden Befugnisse in Beziehung auf die Sache, sind nicht so im Eigenthume enthalten, wie die dem Servitut-Berichtigten zustehenden. Es kann demnach der Vorbehalt eines Pfandrechtes bei der Veräußerung einer Sache immer nur die Wirkung haben, daß das Pfandrecht als von dem neuen Eigenthümer bestellt erscheint, wonach die Voraussetzungen der Giltigkeit desselben sich lediglich nach der Person des neuen Eigenthümers richten müssen.

VIII.

Des Zusammenhanges und auch des Gegensatzes we-

---

25) §. 1. J. quib. alienare licet [2. 8.]

26) fr. 29. fam. herc isc. [10. 2.] .... quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset. ..

gen wollen wir hier zugleich versuchen, ob nicht eine andere bestrittene Frage bei dem Pfandrechte sich aus dem Gesichtspunkte der obligatio lösen lasse, nämlich:

E. Die Frage über das s. g. Pfandrecht an eigener Sache. Bekanntlich sind die Ansichten der neueren Rechtslehrer über diese Frage sehr verschieden; zwar nicht insofern, daß sie etwa nicht zugäben, daß es Fälle gebe, in welchen der frühere Pfandgläubiger, auch nachdem er das Eigenthum an der ihm verpfändeten Sache erworben hat, noch so behandelt wird, als ob sein Pfandrecht noch fortbestehe, sondern nur über den Gesichtspunkt aus welchem jene Fälle rechtlich aufgefaßt werden müßten, und etwa auch über die einzelnen Fälle selbst.

Während nämlich von Wening-Ingenheim [1]), auch nach der Vereinigung mit dem Eigenthume, in allen den Fällen noch ein Pfandrecht fortbestehen läßt, wo andere Personen außer dem früheren Pfandgläubiger, in dessen Person die Vereinigung Statt fand, vorhanden sind, rücksichtlich deren sich eine Wirksamkeit des Pfandrechtes äußern könne, welche das Eigenthum für sich ausschließen würde, reducirt Francke [2]) Alles auf die intentio der Pfandklage, und läßt demnach ein Pfandrecht nur da fortbestehen, wo der Gläubiger das Eigenthum der ihm

---

1) Archiv für civ. Praxis Bd. VI. No. V. S. 134 — 150. und Lehrbuch des gem. Civilrechts Bd. I. S. 442. Note 5. Der Ansicht von Wening's sind beigetreten: Mühlenbruch doctrina pandectarum §. 424. Schweppe Handbuch §. 367. a. Seuffert Lehrbuch des prakt. Pandekten-Rechts I. §. 202. Unberücksichtigt läßt auch diese Streitfrage Gersterding Pfandrecht §. 45. Ziffer 4.

2) Civilistische Abhandlungen. Abhandlung II. S. 107. flgde.

verpfändeten Sache, ohne daß er wegen seiner Forderung befriedigt worden wäre, und unbekannt mit dem Umstande, daß die Sache ihm verpfändet sey, erwirbt, und v. Jungenfeldt [3]) läugnet das Pfandrecht an eigener Sache ganz, läßt aber in gewissen Fällen die Wirkungen des Pfandrechtes, auch nachdem der Gläubiger das Eigenthum an der ihm verpfändeten Sache erworben hat, bestehen.

Bei allen diesen verschiedenen Ansichten scheint uns der richtige Gesichtspunkt für die Beurtheilung des fraglichen Verhältnisses verfehlt zu seyn. Man ist nämlich hierbei immer von der Analogie der Servituten ausgegangen, und hat demnach gesagt: so wie mit der Erwerbung des Eigenthums von Seite des seitherigen Servitut-Berechtigten die Servitut aufhört, so, und aus demselben Grunde, muß auch mit dem Erwerbe des Eigenthums von Seite des Pfandgläubigers das Pfandrecht des letzteren aufhören [4]). Allein die Analogie der Servituten erscheint hier ganz unpassend; denn die Servitut erlischt mit Erwerbung des Eigenthums von Seite des Servitut-Berechtigten nur in der Art, daß sie nicht mehr als selbstständiges Recht erscheint, während der frühere Servitut-Berechtigte noch dieselben Befugnisse, jedoch jetzt als bloße Ausflüsse des Eigenthums hat, weßhalb es eben an einem Interesse von Seite des jetzigen Eigenthümers fehlt, jene Befugnisse noch als Servitut zu haben. Alles dieß verhält sich beim Pfandrechte ganz anders; denn da, wie nachgewiesen wurde, das Pfandrecht an sich gar keine materiell im

3) Ueber das Pfandrecht an eigener Sache. Giessen 1827. Ihm folgt Mackeldey Lehrbuch §. 303. Note 6.

4) Vergl. insbesondere von Jungenfeldt a. a. O. §. 1.

Eigenthume gelegenen Befugnisse enthält, so kann auch mit der Erwerbung des Eigenthums von Seite des Pfandgläubigers das Pfandrecht des letzteren nicht in der Art erlöschen, daß nun die früher im Pfandrechte gelegenen Befugnisse als Ausflüsse des Eigenthums erschienen und als solche ihm zuständen, denn wäre dieß der Fall, so wäre unsere Frage eigentlich ganz unnütz, weil ja nun der frühere Pfandgläubiger die Rechte, welche er bisher als Pfandgläubiger hatte, als Eigenthümer zur Ausübung brächte, es mithin für ihn ganz einerlei seyn könnte, ob man sagte: er komme noch als Pfandberechtigter in Betracht, oder er komme zwar nicht mehr als Pfandberechtigter in Betracht, könne aber das, was er früher nur als Pfandberechtigter gekonnt, jetzt als Eigenthümer. Gerade hierin zeigt sich wieder die Wahrheit unseres oben aufgestellten Satzes, daß das Pfandrecht nicht wie die Servitut materiell im Eigenthume enthalten sey. Es muß also der Grund, weßhalb das Pfandrecht mit dem Erwerbe des Eigenthums von Seite des seitherigen Pfandgläubigers erlischt, ein ganz anderer seyn, und dieser kann, unserer Ueberzeugung nach, wieder nur in der Natur des Pfandrechtes als einer obligatio rei gefunden werden. Eine obligatio setzt nämlich ihrem Begriffe nach wesentlich zwei von einander unabhängige Personen voraus, und kann deßhalb da nicht begründet werden, wo der zu Verpflichtende der privatrechtlichen Herrschaft des Berechtigten unterworfen ist, und muß demnach auch da erlöschen, wo der früher wirklich Obligirte später der privatrechtlichen Herrschaft des Gläubigers unterworfen wird. So wenig daher eine obligatio zwischen dem Herrn und seinem Sklaven, oder dem Hausvater und dem Hauskinde Statt finden

kann[5]), eben so wenig kann dem Eigenthümer an seiner Sache eine obligatio zustehen, und so wie die obligatio welche früher zwischen den von einander unabhängigen Personen Statt fand, mit der Unterwerfung des Verpflichteten unter die privatrechtliche Herrschaft des Berechtigten erlischt, eben so muß das Pfandrecht als obligatio rei erlöschen, wenn der frühere Pfandgläubiger das Eigenthum der ihm verpfändeten Sache erwirbt.

So wie es aber Fälle gibt, wo der Herr oder Hausvater schon während bestehender Gewalt, wenigstens nach der vom Prätor berücksichtigten aequitas, als Gläubiger des Sklaven oder Haussohns betrachtet wird, so kann es auch Fälle geben, wo der Eigenthümer seiner eignen Sache gegenüber als Pfandgläubiger erscheint. Jenes ist bekanntlich dann der Fall, wenn der Herr oder Vater dem Sklaven oder Haussohn' ein peculium gestattet, und dieser nun in Beziehung auf dasselbe mit Dritten contrahirt hat, wo der Herr oder Vater das was er an den Sklaven oder Haussohne zu fordern hat, entweder vorabziehen kann [6]), oder, wenn er eine Handlung zu führen gestattete, wenigstens mit den übrigen Gläubigern nach Verhältniß der Stärke und Größe seiner Forderung theilt [7]), weil er, soweit er der seiner privatrechtlichen Herrschaft unterworfenen Person die Verwaltung eines bestimmten Theiles seines Vermögens überlassen hat, dieselbe gleich-

5) §. 6. J. de inutilib. stipul. [3. 20.] fr. 2. pr. de contrah. emt. [18. 1.] fr. 4. §. 34. de doli mali except. [44. 4.] fr. 7. §. 3. de injuriis [47. 10.] c. 17. C. de donat. [8. 54.]

6) Tit. D. de peculio [15. 1]

7) Tit. D. de tribut. act [14. 4]

sam als selbstständig hinstellte. Demnach kann es also auch nicht befremden, wenn der Eigenthümer seiner eigenen Sache gegenüber als Gläubiger behandelt wird; wie dieß nach unseren Quellen insbesondere da der Fall seyn soll, wo die Sache an Mehrere verpfändet, und dadurch ebenfalls gleichsam als selbstständig hingestellt worden war, und nun Einer von diesen, jedoch nicht zum Zwecke seiner Befriedigung, das Eigenthum der verpfändeten Sache erwirbt [8]). Weil hier ein Interesse des letzteren vorhanden ist, auch ferner den übrigen Pfandgläubigern gegenüber als Pfandgläubiger behandelt zu werden, indem sein Pfandrecht insofern stärker ist als sein Eigenthum, so mußte die Billigkeit darauf führen, gegen die strenge Consequenz, in solchen Fällen, und soweit jenes Interesse noch vorhanden war, das Pfandrecht als fortbestehend anzunehmen, was hier, wo, soweit von dem Pfandrechte als dinglichem Rechte die Rede ist, ein prätorisches Institut vorliegt, um so natürlicher erscheint, und von den Römischen Juristen eben deßhalb auch auf den prätorischen Ursprung der Pfandklage zurückgeführt wird; denn der Prätor hatte bei Einführung der dinglichen Pfandklage ihr Erlöschen an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, daß

---

8) fr. 59. pr. ad Sctum Treb. [36. 1.] c. 1. C. si antiquior creditor [8. 20.] Das gleichfalls hierher gehörige fr. 30. §. 1. de except. rei jud. [44. 2.] wird im Texte etwas genauer behandelt werden. Derselbe Gesichtspunkt liegt auch den Fällen zu Grunde, wo Jemand die an Mehrere verpfändete Sache von dem Schuldner unter dem Vorbehalte kauft, daß mit dem pretium der vorstehende Pfandgläubiger abgefunden werde: fr. 17. qui potiores [20. 4.] c. 3. C. de his qui in prior. credit. locum [8. 19.]

nämlich der Gläubiger wegen seiner Forderung sey befriedigt worden, oder es doch mit seinem Willen nicht zu seiner Befriedigung gekommen sey [9]), so wie dann gleichmäßig auch das Pfandrecht selbstständig erlöschen sollte, wenn der Pfandgläubiger anstatt des Pfandes sich eine andere Sicherheit hatte bestellen lassen, oder, auch ohne anderweite Sicherheitsbestellung, sein Pfandrecht aufgegeben hatte, obgleich im letzteren Falle das Pfandrecht nicht ipso jure, sondern nur ope exceptionis erlischt [10]). Dem

9) c. 19. C. de usuris [4. 32.] c. 3. C. de luit pign. [8. 31.]

10) fr. 17. §. 1 und 2. de pactis [2. 14.] Paulus libro III. ad Edictum. Quaedam actiones per pactum ipso jure tolluntur, ut injuriarum, item furti. De pignore jure honorario nascitur ex pacto actio, tollitur autem per exceptionem quoties paciscar, ne petam. Daß diese Stelle wie Gersterding Pfandrecht S. 331 und S. 332. behauptet von dem Erlöschen des Pfandrechtes durch Nachlaß der Hauptschuld handle, ist gewiß irrig: Paulus will nämlich bemerken, daß auch durch bloses pactum einzelne Klagen bald ipso jure, bald ope exceptionis erlöschen könnten. Demnach sagt er die actio injuriarum und furti erlischt durch bloses pactum ipso jure nicht aber die dingliche Pfandklage, denn obgleich diese prätorischen Ursprungs ist, so hatte doch der Prätor ihr Erlöschen an besondere Voraussetzungen geknüpft, [si pecunia soluta vel creditori satisfactum fuerit] was da wo der Gläubiger sein Pfandrecht durch Vertrag aufgab, nicht gesagt werden konnte. Vergl. noch fr. 5. pr. quib. modis pignus [20. 6.] fr. 7. §. 2. fr. 8. §. 1 — 6. eod. Dagegen ist freilich auch soviel gewiß, daß das pactum ne pecunia petatur, die Pfandklage gleichfalls nur ope exceptionis vernichte, und zwar ganz aus demselben Grunde weßhalb das pactum: ne res obligata petatur, nur eine exceptio begründet; cf. fr. 11. §. 4. qui potiores [20. 4.]

gemäß sagen dann auch die Röm. Juristen: die Pfandklage bleibe in den Fällen, wo, ohne daß jene Voraussetzungen des Erlöschens des Pfandrechtes eingetreten wären, der Pfandgläubiger das Eigenthum der ihm verpfändeten Sache erworben hat, und noch ein Interesse auf seiner Seite vorhanden ist als Pfandgläubiger behandelt zu werden, bestehen: „quia verum est et pignori datum et satisfactum non esse.“

Mit der seither behandelten Frage, über die Fortdauer des Pfandrechtes als dinglichen Rechtes nach dem Erwerbe des Eigenthums an der verpfändeten Sache durch den Pfandgläubiger, nicht zu verwechseln ist die andere: ob nämlich das pignus im engeren Sinne, das Faustpfandverhältniß, nach dem Eigenthums-Erwerbe der verpfändeten Sache durch den früheren Faustpfand-Gläubiger noch fortbestehe. Dieß muß schlechthin geläugnet werden, denn so wie Jemand die unmittelbare privatrechtliche Herrschaft über eine Sache erworben hat, kann er in Beziehung auf dieselbe nicht noch als mittelbar, d. h. hier als durch eine von seiner privatrechtlichen Herrschaft unabhängige Person, berechtigt in Betracht kommen, weil dieß einen offenbaren Widerspruch enthalten würde. So wenig daher ein Commodat oder Depositum u. s. w. an eigener Sache bestehen kann, eben so wenig kann es ein pignus:

„Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emtio neque locatio rei suae consictere potest“ [11]).

Das Pfandrecht als dingliches Recht ist aber ganz unabhängig von dem Faustpfandverhältnisse, und so wie

---

11) fr. 45. de R. J. [50. 17.]

wir oben zeigten, daß das Pfandrecht auch ohne die Voraussetzungen des pignus im engern Sinne entstehe, ebenso kann es fortbestehen, wenn auch das Faustpfandverhältniß erloschen sein sollte, mit andern Worten: das pignus im engern Sinne kann aufgehört haben, während das pignus im weiteren Sinne noch fortdauert. Diese Bemerkungen dürften zur richtigen Auffassung und Erklärung einer Stelle führen, die bisher unseren Interpreten die größte Schwierigkeit gemacht hat.

Paulus libro XIV. Quaestionum.

Latinus Largus: Quum de hereditate inter Maevium, ad quem pertinebat, et Titium, qui controversiam moverat, transigeretur, traditio rerum hereditariarum Maevio heredi a Titio facta est, in qua traditione etiam fundum ei suum proprium, quem ante multos annos avo ejusdem Maevii heredis obligaverat, quemque alii postea in obligationem deduxerat, ex causa pacti tradidit; his gestis posterior Titii creditor jus suum persecutus est, et obtinuit; post hoc judicium Maevius heres reperit in rebus avitis chirographum ejusdem Titii ante multos annos conscriptum, per quod apparuit, eum fundum, qui in causam transactionis venerat, etiam avo suo ab eodem Titio fuisse obligatum. Quum ergo constet, prius avo Maevii heredis in obligationem eundem fundum datum, de quo Maevius superatus est, quaero an jus avi sui, quod tunc, quum de eodem fundo ageretur, ignorabat, nulla exceptione opposita, exsequi possit? Respondi: Si de proprietate fundi litigatum, et secundum actorem pronuntiatum fuisset, diceremus, petenti ei, qui in priore judicio victus est, obstaturam rei judicatae exceptionem, quoniam de ejus quoque

jure quaesitum videtur, cum actor petitionem implet; quodsi possessor absolutus amissa possessione eundem ab eodem, qui prius non obtinuit, peteret, non obesset ei exceptio; nihil enim in suo judicio de jure ejus statutum videtur. Cum autem pignoratitia actum est, adversus priorem creditorem, potest fieri, ut de jure possessoris non sit quaesitum, quia non, ut in proprietatis quaestione quod meum est, alterius non est, ita in obligatione utique consequens est, ut non sit alii obligatum, quod hic probavit sibi teneri, et probabilius dicitur, non obstare exceptionem, quoniam de jure possessoris quaesitum non est, sed de sola obligatione. In proposita autem quaestione magis me illud movet, nam quid pignoris jus exstinctum sit dominio acquisito? Neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore; actio tamen pignoratitia competit; verum est enim, et pignori datum, et satisfactum non esse. Quare puto; non obstare rei judicatae exceptionem [12].

Der Inhalt der Stelle ist klar bis auf den Schluß, wo Paulus gegen seine Entscheidung der ihm vorgelegten Frage selbst einen Einwand macht, und dann doch seine Entscheidung aus dem Grunde, daß die Sache sey verpfändet, und der Gläubiger nicht befriedigt worden, rechtfertigt. Es hatte nämlich Maevius in Folge eines Vergleiches, ein früher seinem Großvater und hierauf auch einem Andern verpfändetes Grundstück, unbekannt mit dem

12) fr. 30. §. 1. de except. rei jud. [44. 2.]

Umstande, daß es seinem Großvater, den er beerbt hatte, gleichfalls verpfändet sey, erworben; hierauf hatte der, dem es später war verpfändet worden, sein Pfandrecht gegen ihn geltend gemacht, und war so in den Besitz des fraglichen Grundstückes gelangt. Später findet Maevius die Urkunde, aus welcher erhellet, daß jenes Grundstück früher seinem Großvater sey verpfändet worden, und fragt nun, ob er nicht gegen den jetzt besitzenden späteren Pfandgläubiger noch sein Pfandrecht geltend machen könne. Paulus entscheidet: dieß könne er allerdings, denn die exceptio rei judicatae stehe ihm deßhalb nicht entgegen, weil in dem früheren Rechtsstreite von seinem Pfandrechte gar nicht die Rede gewesen sey. Aber, fährt er fort: in proposita quaestione magis me illud movet, numquid pignoris jus exstinctum sit, dominio acquisito? Neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore; actio tamen pignoratitia competit; verum est enim et pignori datum et satisfactum non esse. Diese Worte sind es nun, welche zu den verschiedenartigsten Erklärungen Veranlassung gegeben, und dem Paulus manchen Tadel zugezogen haben, ohne daß jedoch bis jetzt eine befriedigende Lösung des scheinbaren Widerspruchs erfolgt wäre. Schon die Basiliken haben die Stelle mißverstanden, indem sie die fraglichen Schlußworte folgendermaßen wiedergeben:

'Επὶ δὲ τοῦ προκειμένου θέματος, περιποιηθείσης μοι τῆς δεσποτείας τοῦ ἀγροῦ, ἡ μὲν ὑποθήκη λύεται· ἡ δὲ περὶ τῆς ὑποθήκης ἀγωγὴ σώζεται, ἐπειδῆ καὶ τὸ ἐνέχυρον ἐδόθη καὶ τὸ χρέος ὀυ κατεβλήθη· [13]).

13) Vergl. Meerman V. 85.

Sie verstehen also den Ausdruck pignus in seiner weiteren Bedeutung, wie dieß daraus erhellet, daß sie ihn durch ἡ ὑποθήκη wiedergeben, nicht aber durch τὸ ἐνέχυρον, wie sie doch hätten thun müssen, hätten sie das, was Paulus sagt, richtig aufgefaßt [14]), und so nehmen denn auch Anton Faber [15]) und Cujacius [16]) an, das Pfandrecht könne erloschen sein, während die Pfandklage fortdauere, womit auch v. Wening [17]) und Sintenis [18]) übereinstimmen; während Francke [19]) da, wo die Pfandklage fortdauert, auch das Pfanrecht fortbestehen läßt, indem er die Fortdauer des Pfandrechtes aus dem von Paulus angegebenen Grunde behauptet; v. Jungenfeldt [20]) dagegen läßt das Pfandrecht und demnach auch die Pfandklage erlöschen, allein dieselbe dem Gläubiger als utilis oder fictitia zu Gute kommen.

Unter allen diesen Erklärungen scheint uns die von Francke der Wahrheit am nächsten zu kommen, wenigstens insofern als das Pfandrecht da fortbestehen muß,

---

14) Reitz übersetzt: In proposito autem casu adquisito mihi agri dominio pignus quidem solvitur, sed de pignore actio servatur, quoniam et datum est pignus et non solutum est debitum.

15) Conject. jur. civ. VII. 18. 4.

16) Comment. ad Pauli lib. 14. quaest.

17) A. a. O. S. 142 und 143.

18) Das corpus juris in's Deutsche übersetzt Bd. IV. Abtheil. II. S. 546: „Denn sobald der Gläubiger Eigenthümer geworden ist, so kann das Pfandrecht nicht länger währen; doch aber ist ihm die Pfändklage zuständig" u. s. f.

19) A. a. O. S. 112 flgde.

20) A. a. O. §. 11. S. 29 — 34.

wo die Pfandklage fortdauert, (worin die Unhaltbarkeit der Erklärung von Faber und der Uebrigen, die seiner Ansicht huldigen, liegt), obgleich er den Sinn der Stelle im Uebrigen gleichfalls nicht richtig verstanden hat; W. Jungenfeldts Behauptung aber ist deßhalb unhaltbar, weil Paulus gar nicht von einer fictitia actio spricht, sondern schlechthin behauptet: pignus perseverare domino constituto creditore non potest; actio tamen pignoratitia competit..; auch geräth er in Widerspruch mit Gajus, der in einem anderen Falle deßhalb eine neue (restitutoria) actio nicht für nöthig hält, weil die ursprüngliche Pfandklage fortbestehe:

Gajus libro IX. ad Edictum provinciale.

De pignoribus prioris debitoris non est creditori nova actione opus, quum quasi Serviana, quae et hypothecaria vocatur, in his utilis sit, quia verum est, convenisse, de pignoribus, nec solutam esse pecuniam [21]).

Wenden wir dagegen unsere obige Bemerkung, daß das pignus im engeren Sinne, das Faustpfand-Verhältniß, mit dem Eigenthums-Erwerbe von Seite des Pfandgläubigers stets aufhöre, während das prätorische Pfandrecht, weil keine der Voraussetzungen an welche die Erlöschung desselben geknüpft ist, eingetreten, fortbestehen könne, so erhält das, was Paulus sagt, einen sehr guten Sinn, und bestättigt zugleich das über die Verschiedenheit des pignus im engeren und weiteren Sinne in dieser Beziehung Gesagte. Paulus sagt demnach: das pignus als das Faustpfandverhältniß kann zwar nachdem der Gläu-

---

21) fr. 13 §. 1. ad Sctum Vell. [16. 1.]

biger Eigenthümer der verpfändeten Sache geworden ist, nicht fortbestehen, allein die dingliche Pfandklage dauert fort: quia verum est et pignori datum et satisfactum non esse. Das Pfandrecht aber als dingliches Recht besteht, wie wir sofort zu zeigen hoffen, nur in der dinglichen Klage, und sonach besteht da wo letztere fortdauert, nothwendig auch noch ersteres.

IX.

Schon die seitherigen Ausführungen dürften die Richtigkeit der von uns aufgestellten Definition des Pfandrechtes hinlänglich nachgewiesen haben; es bleibt uns aber noch eine Erörterung übrig, durch welche hoffentlich jeder Zweifel darüber, daß das Pfandrecht nur eine obligatio rei sey, beseitigt werden wird. Es besteht nämlich:

F. **Das Pfandrecht als dingliches Recht blos in der Pfandklage, und fällt demnach mit dem Hinwegfallen der Pfandklage selbst zusammen.**

Wir bemerkten schon oben 1), daß alle Rechte sich entweder auf Personen oder auf Sachen bezögen; daß aber ein wichtiger Unterschied dieser Rechte davon abhänge, ob der Berechtigte eine privatrechtliche Herrschaft über die Person oder Sache behaupte, oder ob er blos in einem solchen Beziehungs-Verhältnisse zu einer von seiner privatrechtlichen Herrschaft unabhängigen Person oder Sache stehe, daß er gegen diese irgend einen Anspruch durch Vermittelung der Staatsgewalt geltend machen

1) Vergl. No. III. S. 24 — 26.

könne [2]). Dort ist sein Recht an sich ganz unabhängig von der Klage — als der Anrufung der Staatsgewalt zur Vermittelung der Ausübung seines Rechtes — weil eben seine privatrechtliche Herrschaft dazu hinreicht, er also, soweit seine privatrechtliche Gewalt reicht, der öffentlichen nicht bedarf.

Erst wenn die Person oder Sache, über die ihm eine privatrechtliche Herrschaft zusteht, in die factische Unterordnung zu einer von seiner privatrechtlichen Herrschaft unabhängigen Person gekommen ist, bedarf er der Anrufung der Staatsgewalt, weil hier seine privatrechtliche Herrschaft nicht ausreicht, da er eben über diese Person eine privatrechtliche Herrschaft nicht hat, mithin dieselbe auch vermöge einer solchen nicht zu zwingen vermag. Aus dem Gesagten erhellet, daß bei diesen Rechten die Klage niemals das Recht selbst umfasse, indem es ja nur höchst zufällig ist, daß die Person oder Sache einmal factisch sich in dem Zustande der Abhängigkeit zu einer von der privatrechtlichen Herrschaft des Berechtigten unabhängigen Person befindet; obgleich sie für einen solchen Fall in einem ausgebildeten Rechtssysteme nicht fehlen darf. Ganz anders verhält sich dieß aber bei denjenigen Rechten, wo der Berechtigte eine solche privatrechtliche Herrschaft über eine Person oder Sache gar nicht behauptet, sondern umgekehrt nur in einem solchen Verhältnisse

2) pr. J. de obl. [3. 14.] Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura. fr. 3. de O. et A. [44. 7.] Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, vel servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.

zu einer von seiner privatrechtlichen Herrschaft unabhängigen Person oder Sache steht, daß er diese durch Anrufung der Staatsgewalt zur Erfüllung irgend eines Anspruches nöthigen kann, denn hier hätte er, abgesehen von seinem Rechte die Staatshilfe in Anspruch zu nehmen, rechtlich gar Nichts:

Debitor intelligitur is, a quo invito pecunia exigi potest [3]).

Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit [4]).

mithin besteht hier sein ganzes Recht in der Klage, und muß demnach auch, wenn ihm letztere abgesprochen wird, nothwendig zusammen fallen [5]).

Nach dem bisher Bemerkten ergibt sich auch: daß jede Klage eine von der privatrechtlichen Herrschaft des Klägers unabhängige Person voraussetzt, ohne Unterschied, ob die actio eine actio in rem oder in personam ist [6]), sowie daß jede actio eine obligatio personae (im

3) fr. 108. de V. S. [50. 16.]

4) fr. 108. de V. O. [45. 1.] cf. fr. 8. de O et A. [44. 7.] Sub hac conditione: si volam, nulla fit obligatio. Pro non dicto enim est, quod dare, nisi velis, cogi non possis....

5) Dem hier Gesagten widerspricht nicht, daß unter besonderen Umständen, obgleich die Klage abgesprochen wird, mag dieß ipso jure oder nur ope exceptionis geschehen, noch eine exceptio bestehen soll, denn dieß ist jedenfalls nur singulär, und kann daher die Regel nicht aufheben; auch ist damit am Ende nichts weiter gesagt, als daß, wenn einmal der seitherige Gläubiger Schuldner seines seitherigen Schuldners werden sollte, die Klage des Letzteren gleichfalls aufgehoben seyn solle.

6) Hierin liegt der Grund der Ungiltigkeit der Obligationen zwischen Herrn und Sklaven, so wie zwischen Vater und Hauskind.

weiteren Sinne) enthält, nur daß bei der actio in personam aus einem ursprünglichen persönlichen Obligations-Verhältnisse geklagt wird, weßhalb die intentio der formula lautete: Si paret adversarium dare facere oportere [7]), während bei der actio in rem im eigentlichen Sinne immer aus einem dem Kläger unmittelbar an der Sache zustehenden Rechte geklagt wird [8]) und nun der

---

Auch liegt hierin der Grund, weßhalb, wenn zwischen dem Gewalthaber und dem seiner Gewalt Unterworfenen, Streit über das Bestehen der privatrechtlichen Herrschaft des ersteren über den letzteren entstand, nicht eine actio sondern nur ein praejudicium Statt fand. Gajus IV. 44. §. 13. J. de act. [4. 6.] während wenn ein Dritter den Sklaven oder das Hauskind vorenthielt, eine wirkliche actio eintrat. fr. 1. §. 2. de R. V. [6. 1.] — fr. 3. §. 3. de lib. exhib. [43. 29.]

7) Gajus IV. 2. In personam actio est, quotiens cum aliquo agimus, qui nobis vel ex contractu, vel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus, dare, facere, praestare oportere. §. 1. J. de act. [4. 6.].. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio [quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut facere oportere], aut aliis quibusdam modis [sc. ex variis causarum figuris], fr. 25. pr. de O. et A. [44. 7.].. In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid, vel dandum; et semper adversus eundem locum habet.

8) Gajus l. c. §. 3. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi, vel prospiciendi. Item actio ex diverso adversario est negativa. §. 1. J. cit. s. f. aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est movet tamen ei de aliqua re controversiam, quo casu pro-

Staat an den Beweis dieses Rechtes die persönliche Verbindlichkeit des Verklagten knüpft, den klägerischen Anspruch zu erfüllen, namentlich die Sache an denselben herauszugeben [9]). Ob also eine Klage eine actio in rem oder in personam sey, bestimmt sich nach dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse, nicht aber darnach, ob die intentio formulae unbestimmt oder gegen eine bestimmte Person concipirt sey [10]), denn darin, daß die actio in

ditae actiones in rem sunt; veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat; nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est. cf. §. 2. eod. fr. 25. pr. de O. et A. cit. In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus, et semper adversus eum est, qui rem possidet.

9) Daher die Anweisung an den judex: si paret rem ex jure Quiritium Auli Agerii esse, judex condemna. Demnach ist es auch ganz verkehrt, wenn man die obligatorische Natur der actiones in rem in die dabei vorausgesetzte Verletzung eines Rechtes oder in die Unrechtmäßigkeit des Besitzes setzt, vergl. Mackeldey Lehrbuch §. 206; denn dieß würde zu ganz falschen Folgerungen führen.

10) Wie Thibaut Versuche Bd. II. No. 2. vergl. System §. 60. und nach ihm von Wening Lehrbuch des gem. Civilrechts Bd. I. §. 34. verleitet, durch die, jedenfalls nur von der Verschiedenheit der Conception der formula der actio in rem und in personam abgeleitete Bedeutung des in rem gegenüber dem in personam, wo jenes soviel als indefinite bezeichnet, Brissonius sub voce res, annehmen. Daß aber actio in rem in ihrem ursprünglichen Sinne die auf Verfolgung einer Sache gerichtete Klage bedeute, erhellet am deutlichsten daraus, daß die actio in personam auch der actio in res gegenübergestellt wird, fr. 20. pr. ad Sctum Vellej. [16. 1.] wie denn auch die dingliche Pfandklage actio in pignora fr. 27. §. 2. de mino-

rem gegen jeden Besitzer angestellt werden kann, die actio in personam aber nur gegen eine bestimmte Person, liegt nicht die innere Bedeutung dieser Klagen, sondern nur eine Folge des sie bedingenden Rechtes; indem derjenige, welcher ein unmittelbares Recht an einer Sache hat, dieses freilich gegen jeden muß geltend machen können, der, in Beziehung auf ihn, sich in dem Zustande der factischen Herrschaft befindet; während die obligatio in der Regel die Thätigkeit jener bestimmten Person voraussetzt, weßhalb auch der für den Berechtigten daraus entspringende Anspruch nur gegen diese Person kann geltend gemacht werden.

Dem bisher Gesagten widerspricht nun auch nicht nur nicht, sondern dient vielmehr zu dessen Bestätigung, daß, nachdem man den Begriff der actio so allgemein gefaßt hatte, daß man darunter alle Mittel, sein Recht vor Gericht zu verfolgen, verstand, und nun doch die Eintheilung der actiones in actiones in rem und in personam als summa divisio actionum beibehielt [11], Justinian die Fragen über den persönlichen Zustand zu den actiones in rem rechnet:

Praejudiciales actiones in rem esse vi-

---

ribus [4. 4.] oder adversus pignora fr. 73. ad Sctum Treb. [36. 1.] oder contra res c. 1. C. comm. de leg. [6. 43.] genannt wird, und weßhalb es von ihr heißt: non personam obligat, sed rem sequitur; c. 2. C. si unus ex plurib. (8. 32.) Vergl. noch Du Roi Archiv Bd. VI. No. XIV. S. 352 flgde.; dem wir jedoch nicht in jeder Beziehung beistimmen.

11) §. 1. J. de act. [4. 6.] Vergl. Du Roi a. a. O. No. XVIII. §. 18. S. 406 — 410.

dentur; quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber vel libertus sit, vel de partu agnoscendo [12]) ....

Dieß thut er aber nicht etwa deßhalb, weil die intentio bei denselben unbestimmt lautete, sondern vielmehr deßhalb, weil bei denselben nicht, wie bei den actiones in personam, aus einem blosen persönlichen Obligations-Verhältnisse geklagt, sondern vielmehr eine privatrechtliche Herrschaft über eine Person in Anspruch genommen oder in Abrede gestellt wird, so daß man, soll einmal die Eintheilung der Klagen in actiones in rem und in personam als eine allgemeine, alle Mittel, ein Recht vor Gericht zu verfolgen, umfassende, angenommen werden, hierin dem Kaiser vollkommen beistimmen muß; wie er denn auch die Fälle, wo wegen einer privatrechtlichen Herrschaft über eine Person, die sich in der faktischen Unterordnung eines Dritten befand gegen Letzteren auf deren Verabfolgung geklagt wurde, und wo eben deßhalb eine vindicatio eintrat [13]), für sich hatte.

Auf der andern Seite kann es aber auch vorkommen, daß der Staat an bestimmte faktische Voraussetzungen eine Verbindlichkeit für Jeden knüpft, der dem klägerischen Anspruche genügen kann, wie dieß der Fall ist bei den s. g. actiones in rem scriptae sive conceptae [14]), z. B. bei der actio quod metus causa, ad exhibendum und bei den actiones noxales. Diese sind zwar den eigentlichen actiones in rem insofern ähnlich, als sie gegen Jeden gerichtet sind der nach den faktischen Voraussetzungen derselben in der Lage ist, den Kläger zu befriedigen; sie un-

12) §. 13. J. de act. [4. 6.]
13) fr. 1. §. 2. de R. V. [6. 1.] cf. Gajus I. §. 134.
14) fr. 9. §. 8. quod metus causa [4. 2.]

terscheiden sich aber von jenen wesentlich dadurch, daß bei diesen die Verbindlichkeit des Verklagten an den Beweis des dem Kläger an der Sache zustehenden Rechtes geknüpft ist, während es bei den actiones in rem scriptae nur auf das Vorhandenseyn der faktischen Voraussetzungen ankömmt, so daß hier das, was Ulpian von den Interdikten bemerkt: „interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt,“ [15]) vollkommene Anwendung leidet.

Nach diesen allgemeinen, aber nothwendigen, Bemerkungen, kehren wir zu dem eigentlichen Gegenstande unserer Erörterung, zu der dinglichen Pfandklage zurück. Leider ist uns aber die Formel dieser Klage nirgends aufbewahrt, und sonach herrscht auch über deren Natur viel Streit. Ehe wir jedoch versuchen die Formel selbst aufzustellen, wird es passend seyn die verschiedenen, in unseren Quellen vorkommenden Bezeichnungen der Klage anzugeben, und zu diesem Behufe gehen wir von der Darstellung Justinian's in den Institutionen aus, welcher über den Ursprung der Pfandklage, ihre innere Natur und das Verhältniß der verschiedenen Benennungen derselben sich folgendermaßen ausspricht:

Item Serviana et quasi Serviana quae etiam hypothecaria vocatur ex ipsius praetoris jurisdictione substantium capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur; quasi Serviana autem, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest; nam de qua re

15) fr. 1. §. 3. de interdictis (43. 1.)

inter creditorem et debitorem convenerit ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est; nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit; at eam quae sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus [16]).

Zunächst ist also die dingliche Pfandklage prätorischen Ursprungs [17]), selbst bei dem pignus, wie wir oben aus inneren Gründen nachgewiesen zu haben glauben. Sodann ist sie, soweit der Gegenstand der Verpfändung eine körperliche Sache oder ein an einer körperlichen Sache Statt findendes Recht ist, eine wirkliche actio in rem, d. h. sie ist auf Verfolgung der Sache wegen des dem Gläubiger an derselben unmittelbar zustehenden Rechtes gerichtet, wie dieß außer dem Zusammenhange der Institutionen-Stelle, wo Justinian die durch Prätor eingeführten actiones in rem aufzählen will, auch aus anderen Stellen klar erhellet:

Ulpianus libro XV. ad edictum.

Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori [18]).

Diocletianus et Maximianus Evodio.

Pignoris vel hypothecae persecutio in rem est [19]).

---

16) §. 7. J. de act. [4. 6.] cf. §. 31. eod.

17) cf. fr. 17. §. 2. de pactis [2. 14.] c. 3. C. de luit. pign. [8. 31.]

18) fr. 17. de pign. [20. 1.]

19) c. 18. C. eod. [8. 14.] Hiermit sind die Stellen zu verbinden, wo die dingliche Pfandklage überhaupt zu den actiones in rem

Ueberhaupt findet sich zur Bezeichnung der dinglichen Pfandklage sehr häufig der Ausdruck: pignoris persecutio [20]), so wie in derselben Beziehung auch wieder: pignus oder rem pignoris jure persequi [21]). Hierdurch könnte man auf die Vermuthung gerathen, daß schon, vor Einführung der dinglichen Pfandklage durch den Prätor, bei dem civilrechtlichen pignus eine persecutio Statt gefunden habe. Dieß würde aber unserer obi-

---

gezählt und der actio in personam entgegengestellt wird; vergl. fr. 16. §. 3. de pign. [20. 1.] fr. 9. §. 1. quib. mod. pign. [20. 6.] fr. 66. pr. de evict. [21. 2.] c. 14. C. de O. et A. [4. 10] c. 2. C. de quadrienn. praescr. [7. 37.] c. 14. C. de pign. [8. 14.] c. 9. C. qui potiores [8. 18.]; siehe auch die Stellen in Note 10.

20) fr. 27. de noxal. act. [9. 4.] fr. 40. §. 2. fr. 41. de pignorat. act. [13. 7.] fr. 6. de heredit. vel act. vend. [18. 4.] fr. 14. pr. fr. 27. fr. 29. §. 2. de pign. [20. 1.] fr. 6. de naut. foen. [22. 2.] fr. 15. §. 25. fr. 44. §. 1. de damno inf. [39. 2.] fr. 44. §. 5. de usurp. [41. 3.] fr. 22. quae in fraud. cred. [42. 8.] fr 5. §. 1. de div. temp. act. [44. 3.] c. 4. C. ad Sctum Maced. [4. 28.] c. 19. C. de usuris [4. 32.] c. 8. C. de heredit. vel act. vend. [4. 39.] c. 8. c. 24. C. de pign. [8. 14.] c. 5. C. si aliena res pign. (8. 16.) c. un. C. etiam ob chirograph. pec. (8. 27.) c. 17. de distract. dign. (8. 28.) c. 21. C. de fidejuss. (8. 41.)

21) §. 7. J. de act. (4. 6.) fr. 14. pr. de pign. (20. 1.) fr. 12. §. 1. quib. mod. pign. (20. 6.) fr. 44. §. 1. de damno infect. (39. 2.) fr. 37. de reb. auct. jud. poss. (42. 5.) c. 6. u. 7. C. de O. et A. (4. 10.) c. 1. C. de heredit. act. (4. 16.) c. 9. C. de praed. et aliis reb. min. (5. 71.) c. 1. C. si advers. cred. praescript. (7. 36.) c. 1. C. de prec. et Salv. interd. (8. 9.) c. 10. c. 15. C. de pign. (8. 14.) c. 2. C. de his qui in prioris cred. loc. (8. 19.) c. 14. C. de fidejuss. (8. 41.) c. 15. 23. C. de evict. (8. 45.)

gen Ausführung über den prätorischen Ursprung der dinglichen Pfandklage keineswegs entgegenstehen, da ja die persecutio im eigentlichen Sinne immer nur eine extraordinaria cognitio war, also keine actio, weder in rem noch in personam:

Pomponius libro XLIX. ad Sabinum.

...Persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, utputa fideicommissorum, et si quae aliae sunt, quae non habent juris ordinarii exsecutionem [22].

Es würde aber, ließe sich eine solche persecutio schon bei dem pignus nachweisen, der Einwand von Löhr's, daß, wenn man die Pfandklage erst als durch den Prätor eingeführt betrachte, es unbegreiflich sey, warum derselbe nicht überhaupt, sondern nur für ein laxeres und viel neueres Verhältniß eine besondere Klage gegeben habe, die erst nachher durch Raisonnement auch auf das pignus habe ausgedehnt werden müssen, um so leichter zu beseitigen seyn; allein es dürfte eine solche Nachweisung jedenfalls schwer halten, da der Ausdruck persecutio in so weiter Bedeutung gebraucht wird, daß er jedes Mittel sein Recht zu verfolgen, namentlich auch die actio, umfaßt [23], wie denn auch hypothecaria persecutio und hypothecam persequi [24] sich findet, und da wo von einer pignoris persecutio die Rede ist, keineswegs der Ausdruck pignus immer in seiner engeren Bedeutung

---

22) fr. 178. §. 2. de V. S. (50. 16.) Gajus II. 278.

23) fr. 34. de V. S. (50. 16.) fr. 28 u. 35. d. O. et A. (44. 7.)

24) §. 7. J. de act. (4. 6.) fr. 11. quib. mod. pign. (20. 6.) c. 7. §. 1. C. de praescript. 30. vel 40. ann. (7. 39.) c. 10. C. de pign. (8. 14.) c. 1. C. si antiquior cred. (8. 26.)

sondern in der Regel für das Pfandrecht überhaupt gebraucht ist, wie aus der Vergleichung der oben angeführten Stellen erhellet. Auf der andern Seite ist aber jener Einwand überhaupt nicht von großer Bedeutung, da ja bei dem pignus das Bedürfniß einer dinglichen Klage gar nicht so dringend war, wie in dem Falle für welchen der Prätor die dingliche Pfandklage zuerst eingeführt hatte; denn so lange der Gläubiger im Besitze war, war er hinlänglich gesichert, und selbst wenn er den Besitz verloren hatte, standen ihm außer den interdictis recuperandae possessionis noch sonstige persönliche Klagen, z. B. die actio quod metus causa, die actio furti, vi bonorum bonorum raptorum u. a. [25]) zu, vorausgesetzt nur, daß sich seine Lage dazu eignete; was sich in dem Falle der Verpfändung ohne Besitz-Ueberlassung ganz anders verhielt. Zugleich lag aber auch die Ausdehnung der Serviana auf das pignus eben so nahe als auf die übrigen Fälle der Hypothek, da dort wie hier immer die nächste Voraussetzung der dinglichen Pfandklage, nämlich die conventio ut res pro debito sit obligata, gleichmäßig vorhanden war. Gerade in dem Umstande, daß es bei dem in einer letztwilligen Verfügung angeordneten Pfandrechte an einer solchen conventio gebrach, dürfte der Grund liegen, weßhalb sich die Röm. Juristen für die Begründung des Pfandrechtes durch letzten Willen auf kaiserliche Constitutionen berufen [26]), weßhalb sie ferner

25) fr. 12. §. 2. de furtis (47. 1.) fr. 2. §. 22. de vi bon. rapt. (47. 8.)

26) fr. 26. pr. de pign. act. (13. 7.) Ulpianus libro III. disputationum. Non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus consti-

die ältesten Fälle der hypotheca legalis auf eine tacita conventio zurückführen [27]) und warum endlich die dingliche Klage auf das pignus praetorium erst durch Justinian ausgedehnt wurde [28]).

Ist nun die dingliche Pfandklage überhaupt prätorischen Ursprungs, so erhellet von selbst, daß die Voraussetzungen und Wirkungen derselben auch überall dieselben seyn müssen, daß also zur dinglichen Klage aus dem pignus nicht mehr erforderlich seyn könne als zu der aus der Hypothek, wie dieß auch Justinian in der angeführten Institutionen-Stelle ausdrücklich sagt und auch in anderen Stellen bemerkt wird [29]). Deßhalb heißt auch die dingliche Pfandklage außer dem Falle für welchen sie ursprünglich eingeführt worden war, wo sie nach ihrem Urheber Servius, Serviana genannt wird [30]), überall, sowohl in den übrigen Fällen der Hypothek als auch beim pignus, quasi Serviana [31]), welche letztere insbesondere auch durch hypothecaria actio bezeichnet

---

tui, quum testamento quoque pignus constitui posse, imperator noster cum patre saepissime recripserit.

27) fr. 4. pr. de pactis (2. 14.) Tit. D. in quib. causis pignus tacite (20. 2.)

28) c. 2. C. de praetorio pignore (8. 22.)

29) fr. 5. §. 1. (30. 1.)

30) Vergl. mit dem §. 7. J. cit. noch §. 31. eod. fr. 2. de Salv. interd. (43. 33.) c. 19. C. de usuris (4. 32.) c. 1. C. de precario et Salv. int. (8. 9.) c. 6. C. si aliena res pignori (8- 16.)

31) §. 7. und 31. J. (4. 6.) c. 1. C. de precario et Salv. int. (8. 9.)

wird [32]), obgleich dieser Unterschied nicht immer streng beobachtet ist, indem die actio Serviana sehr häufig für die dingliche Pfandklage überhaupt, also auch für die quasi Serviana und zwar nicht blos bei der Hypothek [33]), sondern ebenso auch beim pignus [34]) gebraucht wird. Auf der andern Seite heißt aber die dingliche Pfandklage auch pignoratitia in rem, im Gegensatze zu der aus dem contractus pignoratitius entsprin-

32) §. 7. J. cit. fr. 29. fam. hercisc. (10. 2.) fr. 13. §. 1. ad Sctum Vell. (16. 1.) fr. 4. §. 30. de doli mali except. (44. 41.) Am häufigsten findet sich aber die hypothecaria actio als dingliche Pfandklage überhaupt, ohne der Serviana gegenüber zu stehen; fr. 13. §. 4 u. 5. fr. 16. §. 2 und 5. fr. 34. pr. de pign. (20. 1.) fr. 11. §. 4 fr. 12. pr. qui potiores [20. 4.] fr. 8. §. 2. u. 19. quib. mod. pign. [20. 6.] fr. 57. de leg. 1. — c. 23. §. 1. C. de ssctis eccl. (1. 2.) c. 2. C. per quas personas (4. 27.) c. 26. pr. C. de usuris (4. 32.) c. 11. C. depositi (4. 34.) c. 30. C. de jure dot. (5. 12.) c. 22. §. 6. C. de jure delib. (6. 30.) c. 1. u. 2. C. comm. de leg. (6. 43.) c. 3. C. de quadr. praescrpt. (7. 37.) c. 7. pr. §. 4. u. 5. C. de praescrpt. 30. vel 40 ann. (7. 39.) c. 1. §. 1. c. 3. C. de ann. except. (7. 40.) c. 28. C. de fidejuss. (8. 41.) In c. 29. C. de jure dot. (5. 12.) heißt die Klage: actio super hypothecis und in c. 12. C. de praescr. longi temp. (7. 32.) quaestio hypothecae.

33) fr. 1. §. 2. fr. 3. pr. fr. 7. fr. 10. fr. 18. fr. 21, §. 1. de pign. (20. 1.) fr. 1. pr. fr. 2. fr. 4. pr. quib. mod pign. (20. 6.) fr. 34. §. 2. fr 35. fr. 66. de evict. (21. 2.) fr. 59. pr. ad Sctum Treb. (36. 1.) c. 14. C. de O. et A. (4. 10.) c. 1. C. comm. de leg. (6. 43.).

34) fr. 42. §. 4. de procur. (3. 3.) fr. 36. de noxal. act. (9. 4.) fr. 28. de pignorat. act. (13. 7.) fr. 17. §. 1. ad Sctum Vell. (16. 1.) fr. 18. de pignor. (20. 1.)

genden auf Restitution des Faustpfandes nach abgetragener Pfandschuld gerichteten actio pignoratitia in personam (directa); aber nicht, wie von Löhr behauptet, blos bei dem pignus im engeren Sinne, sondern eben so auch bei der Hypothek; was auch ganz natürlich ist, da ja der Ausdruck pignus im weiteren Sinne nicht blos das Faustpfand, sondern das Pfandrecht überhaupt bezeichnet. Offenbar wird die pignoratitia in rem bei der Verpfändung ohne Besitz-Ueberlassung gebraucht von:

Ulpianus libro LXXV. ad edictum.

Item si rem, quam a te petierat, Titius pignori Sejo dederit, deinde Sejus pignoratitia adversus te utatur, distinguendum est quando pignori dedit Titius; et si quidem ante, quam peteret, non oportet ei nocere exceptionem; nam et ille petere debuit, et ego salvam habere debeo pignoratitiam actionem; sed si postea quam petiit, pignori dedit, magis est ut noceat exceptio rei judicatae [35].

Titius hatte seine, von einem Dritten, gegen welchen er die vindicatio rei angestellt hatte, besessene Sache verpfändet, und hierauf den Prozeß gegen den Besitzer verloren. Es fragte sich demnach, ob nicht der Pfandgläubiger noch mit der dinglichen Pfandklage gegen den Letzteren, ohne die exceptio rei judicatae befürchten zu müssen, auftreten könne. Ulpian unterscheidet ob Titius die Sache vor Anstellung der Eigenthumsklage verpfändet habe, oder erst nachher; im ersteren Falle stehe dem mit der actio pignoratitia auftretenden Pfandgläubiger die exceptio nicht entgegen, wohl aber im Letzteren, wovon der Grund angegeben wird von:

---

35) fr. 11. §. 10. de except. rei jud. (44. 2.)

Papinianus libro XX. Quaestionum.

Per injuriam victus apud judicium rem, quam petierat postea pignori obligavit; non plus habere creditor potest, quam habebat qui pignus dedit; ergo summovebitur rei judicatae exceptione, tametsi maxime nullam propriam, qui vicit, actionem exercere possit; non enim quod ille non habuit, sed quid in ea re, quae pignori data est, debitor habuerit, considerandum est [36].

In andern Stellen kann die pignoratitia actio eben so gut auf die Hypothek als auf das Faustpfand bezogen werden [37]), während freilich sich auch wieder Stellen finden wo zunächst nur vom pignus im engeren Sinne die Rede ist, und auf dessen Verfolgung die actio pignoratitia gegeben wird [38]). Insbesondere aber beruft sich von Löhr zur Unterstützung seiner Behauptung, daß für das pignus eine, auf besonderen Voraussetzungen beruhende, von der prätorischen Serviana und quasi Serviana wesentlich verschiedene, schon im Civilrechte begründete und auf das dominium ex jure Quiritium des Verpfänders gebaute, dingliche Klage Statt gefunden habe, welche actio pignoratitia in rem heiße und in den Quellen selbst von der Serviana und quasi Serviana genau unterschieden werde, auf:

Ulpianus libro XXIV. ad edictum.

---

36) fr. 3. §. 1. de pign. (20. 1.) cf. fr. 63. de re jud. (42. 1.)

37) fr. 41. de pignorat. act. (13. 7.) fr. 22. de pignor. (20. 1.) fr. 9. pr. quib. mod. pign. (20. 6.) fr. 30. §. 1. de except. rei jud. (44. 2.)

38) fr. 7. §. 12. comm. div. (10. 3.) fr. 13. pr. de cond. indeb. (12. 6.) c. 5. C. si aliena res pignori (8. 16.)

est autem personalis haec actio (ad exhibendem,) et ei competit, qui in rem acturus est qualicunque in rem actione, etiam pignoratitia (,) Serviana sive hypothecaria quae creditoribus competunt [39]).

Von Löhr findet in dieser Stelle eigentlich drei Klagen, die civilrechtliche actio pignoratitia in rem des Faustpfandgläubigers, dann die prätorische Pfandklage in ihrem ursprünglichen Umfange als Serviana und endlich in ihrer späteren Ausdehnung als quasi Serviana oder hypothecaria; und wenn man mit von Löhr hinter pignoratitia ein Comma setzt, so lassen sich allerdings möglicher Weise drei verschiedene Klagen sondern, ja wenn nachgewiesen wäre daß nach Civilrecht eine dingliche Klage bei dem pignus Statt gefunden habe, so würde man der von von Löhr angenommenen Interpunktion und Erklärung der Stelle beitreten müssen. Da dieß aber nicht der Fall ist, wir vielmehr gezeigt haben daß eine solche Klage nach Civilrecht überall nicht Statt gefunden habe, so können wir auch obigen Sinn der Stelle nicht unterlegen.

Es ist nämlich wie schon Janus a Costa [40]) bemerkt hat, in der obigen Stelle jedenfalls nur von zwei Klagen die Rede. Doch irrt wohl Costa wenn er unter der pignoratitia Serviana die dingliche Klage aus dem Faustpfande und unter der hypothecaria dann die aus

39) fr. 3. §. 3. ad exhib. (10. 4.) Die Basiliken geben über diese Stelle keinen weiteren Aufschluß; denn nach der Fabrotschen Uebersetzung lautet sie dort: Ad exhibendum actio competit eis, qui in rem actionem habent, et pignoratitiam Servianam, aut hypothecariam....

40) Comment. in Justin. institut. Lib. IV. cap. VI. §. VII.

der Hypothek versteht[41]; vielmehr will Ulpian nur die Serviana und quasi Serviana durch die von ihm gebrauchten Ausdrücke bezeichnen, wo er bei der Serviana den Zusatz pignoratitia wohl deßhalb für nöthig hielt, um sie von der Serviana welche dem Käufer des Nachlasses eines ohne Erben Verstorbenen, auf Verfolgung der zum Nachlasse gehörenden Objekte, ficto se herede, gegeben wurde[42], zu unterscheiden; während die hypothecaria dann die auf die übrigen Fälle der Hypothek und das pignus ausgedehnte Serviana, die quasi Serviana, quá creditores pignora hypothecasve persequuntur, — quae etiam hypothecaria vocatur[43]), bezeichnet. Es ließe sich sogar annehmen, daß in der obigen Stelle nur von einer Klage, nämlich von der Serviana in ihrer weiteren Bedeutung, wo sie gerade das, was sonst die hypothecaria, bezeichnet, die Rede sey, und wirklich scheint Beck die Stelle so verstanden zu haben, da er anstatt competunt competit setzt[44]).

So wie wir nun gezeigt zu haben hoffen, daß die pignoratitia in rem actio für die dingliche Pfandklage überhaupt gebraucht werde, und daß sie, selbst da, wo sie auf das pignus im engeren Sinne gerichtet ist, immer

41) Vergl. Glück Comment. Bd. 18. §. 1083. S. 315. flgde.

42) Gajus IV. 35. cf. III. §. 80 und 81. Theophil. ad instit. lib. III. lit. 12. pr.

43) §. 7 J. de act. (4. 6.) vergl. Note 32.

44) Die Stelle lautet daher in der von Beck besorgten editio stereotypa folgendermaßen: Est autem personalis haec actio, et ei competit, qui in rem acturus est qualicunque in rem actione, etiam pignoratitia Serviana sive hypothecaria quae creditoribus competit.

nur die prätorische Pfandklage sey, eben so ist auch die Bezeichnung der Pfandklage durch pignoris vindicatio wieder nur ein allgemeiner Ausdruck für die dingliche Pfandklage; so daß pignus hier in der Regel für den verpfändeten Gegenstand überhaupt steht, ohne Unterschied ob zu der Verpfändung die Besitz-Ueberlassung hinzugekommen war oder nicht [45]); weßhalb auch wieder da, wo sie auf Verfolgung eines pignus im engeren Sinne geht [46]), immer nur die prätorische Pfandklage damit gemeint ist. Ebenso verhält es sich mit dem Ausdrucke: pignus oder rem pignoris jure vindicare [47]), der gerade soviel bedeutet als: hypothecam oder rem hypothecae jure oder hypothecarum auctoritate, oder auch hypothecaria actione vindicare [48]), denn wenn auch pignus vindicare im Gegensatze zu hypothecam vindicare zuweilen auf das pignus im engeren Sinne geht, so sind doch die Voraussetzungen und Wirkungen der Klage im einen wie im andern Falle dieselben, d. h. die der prätorischen Pfandklage.

---

45) fr. 16. §. 3. de pign. (20. 1.) c. 2. C. si unus ex plurib. hered. (8. 32.)

46) fr. 12. §. 1. quib. mod. pign. [20. 6.] c. 10. C. de pignorat. act. (4. 24.)

47. fr. 43. pr. de pignorat. act. (13. 7.) fr 28. fr. 29. pr. de pign. (20. 1.) fr. 69. de solut. (46. 3.) c. 7. C. de O. et A. (4. 10.) c. 20 C. de adm. tut. (5. 37.) c. 3. C. de praescrpt. 30. vel. 40. ann. (7. 39.) c. 4. u. 5. C. de remiss. pign. (8. 26.)

48) fr. 12. pr. qui potior. (20. 4.) c. 6. §. 2. C. de sec. nupt. (5. 9.) c. 29. C. de jure dot. (5. 12.) c. 22. §. 11. C. de jure delib. (6. 30.) c. 3. c. 8. §. 1. C. de praescr. 30. vel. 40. ann. (7. 39.) c. 11. C. de remiss. pign. (8. 26.)

Nach der seitherigen Ausführung steht soviel fest, daß die dingliche Pfandklage, da wo genau gesprochen wird, in ihrem ursprünglichen Umfange actio Serviana in ihrer Erweiterung actio quasi Serviana, oder auch hypothecaria heißt, während sonst die actio Serviana auch für die Pfandklage überhaupt gebraucht wird, in welchem Umfange dann auch die Ausdrücke pignoris vel hypothecae persecutio, und vindicatio, so wie die Ausdrücke pignoratitia und hypothecaria actio vorkommen, ob gleich auch bei diesen zuweilen wieder der Ausdruck pignus in seinem engeren Sinne der Hypothek gegenübersteht, wodurch jedoch niemals eine innere Verschiedenheit der Klagen bezeichnet werden soll. Daneben findet sich aber oft auch der Ausdruck datur utilis actio, und hier stimmen wir der Ansicht v. Löhr's vollkommen bei, daß die utilis Serviana an sich nicht zu verwechseln sey mit der quasi Serviana, können aber wieder nicht zugeben, daß die actio pignoratitia utilis etwas Anderes sey, als eine actio Serviana, oder vielmehr quasi Serviana utilis. Im engeren Sinne geht nämlich die actio Serviana auf die prätorische Pfandklage in ihrem ursprünglichen Umfange. In ihrer Erweiterung über den ursprünglichen Umfang heißt sie entweder quasi Serviana oder utilis Serviana: quasi Serviana in ihrer Erweiterung rücksichtlich ihres äusseren Umfanges, also in allen Fällen der Verpfändung außer der vertragsmäßigen Bestellung eines Pfandrechts an den invectis und ilatis bei der Pachtung eines praedium rusticum; utilis Serviana dagegen in ihrer Erweiterung rücksichtlich ihres inneren Umfanges, d. h. in allen Fällen, wo aus Rücksichten der Billigkeit eine Pfandklage zugelassen wird, ob-

gleich es an einem sonst zur Begründung der Pfandklage nöthigen Requisite fehlt. War z. B. der Verpfänder zur Zeit der Verpfändung an der verpfändeten Sache nicht so berechtigt, wie es nach den Voraussetzungen der Serviana erfordert wird, erlangt aber später noch jenes Recht, so findet eine utilis Serviana Statt. Da nun die Serviana in der Erweiterung nach ihrem äusseren Umfange dieselben inneren Voraussetzungen hat, wie in ihrem ursprünglichen Umfange, so muß da, wo es bei der quasi Serviana an einem solchen inneren Erfordernisse gebricht, wo also eine Erweiterung der Serviana nach ihrem äusseren und inneren Umfange vorliegt, eine utilis quasi Serviana gegeben werden. Nach Obigem ist aber mit der actio quasi Serviana gleichbedeutend die actio hypothecaria sowie die actio pignoratitia in rem, bezeichnet also die Serviana in ihrer Ausdehnung nach Außen, und demnach kann auch die hypothecaria oder pignoratitia utilis nichts Anderes bedeuten, als die utilis quasi Serviana; wo nur wieder zu bemerken ist, daß die Serviana im weiteren Sinne für die Pfandklage überhaupt, also auch nach ihrer äusseren Erweiterung steht, so daß die utilis Serviana in der Regel für utilis quasi Serviana gebraucht wird; welche Bemerkungen durch die hier einschlagenden Stellen [49]) vollkommen gerechtfertigt werden.

---

49) Der Ausdruck utilis Serviana in der bemerkten Bedeutung findet sich in fr. 1. §. 2. de pign. (20. 1.) fr. 1. pr. quib. mod. pign. (20. 6.) und der Ausdruck pignoratitia utilis in fr. 13. pr. de cond. indeb. (12. 6.) fr. 41. de pignorat act. [13. 7.] fr. 22. de pign. [20. 1.] Zuweilen steht utilis actio ohne Zusatz, z. B. fr. 1. pr. fr. 13. §. 2. de

Haben wir in Vorstehendem gezeigt, daß eine innere Verschiedenheit der dinglichen Pfandklage aus dem pignus und der Hypothek nirgends begründet sey, so bleibt uns nur noch das Verhältniß derselben zur rei vindicatio und zur Publiciana anzugeben übrig. Sie wird uns in den Quellen selbst als utilis rei vindicatio bezeichnet, während da, wo eine servitus das Objekt der Verpfändung bildet, eine utilis juris vindicatio eine utilis confessoria eintritt:

Julianus libro XXIX Digestorum.

Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio datur. Idem servari convenit et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet [50].

Hierbei ist jedoch zu bemerken, daß die Verpfändung einer servitus wieder eine Erweiterung des ursprünglichen Umfangs der Serviana nach ihren inneren Erfordernissen bildet, weßhalb die utilis confessoria zugleich auch eine utilis Serviana oder pignoratitia im oben angegebenen Sinne ist, gerade so wie, da wo der Pfandgläubiger die ihm verpfändete Sache weiter verpfändet, die dem Afterpfandgläubiger zustehende utilis rei vindicatio zugleich

---

pign. [20. 1.] c. 1. C si pignus pignori [8. 24.] Manchmal wird aber durch utilis actio nur bezeichnet, daß eine wirksame Klage gegeben werde, z. B. fr. 10. de pign. [20. 1.] c. 1. C. de Salv. interd. [8. 9.] c. 6. C. si aliena res pign. [8. 16.] In c. 1. C. comm. de leg. [6, 43.] kömmt der Ausdruck utilis Serviana auch für die ihrem äußern Umfange nach erweiterte Serviana vor.

50) fr. 16. de servitutib. [8. 1. Sie ist eine specialis rei petitio: fr 19. pr. de H. P. [5. 3.]

auch eine utilis Serviana oder pignoratitia ist [51]); was sich ebenso verhält, wenn der Emphyteuta oder Superficiar die res emphyteuticaria oder superficiaria verpfändet [52]). Da nun die Verpfändung einer körperlichen Sache durch den Eigenthümer die ursprüngliche und auch gewöhnlichste Art der Pfandbestellung bildete, so erklärt sich hieraus, weßhalb in unseren Quellen, da wo von dem Pfandrechte und der daraus entspringenden dinglichen Klage die Rede ist, in der Regel die Verpfändung einer körperlichen Sache vorausgesetzt und demnach auch die Klage als utilis rei vindicatio bezeichnet ist, wie dieß aus allen oben [53]) angeführten Stellen, wo eine pignoris oder hypothecae vindicatio vorkömmt, erhellet; denn dort bezeichnet pignus oder hypotheca nicht etwa das Pfandrecht, sondern die verpfändete Sache selbst, wie die Ansicht jener Stellen von selbst ergibt, und auch dadurch bestättigt wird, daß, da wo von der vindicatio corporis und juris gehandelt wird, die dingliche Pfandklage immer neben die erstere gestellt wird [54]). Auch ist darüber, daß die dingliche Pfandklage bei Verpfändung einer körperlichen

---

51) fr. 13. §. 2. de pign. [20. 1.] c. 1. C. si pignus pign. [8. 24.]

52) Es ist freilich bestritten, was bei dem subpignus und bei der Verpfändung durch den Emphyteuta und Superficiar eigentlich verpfändet sey, ob das Recht oder die Sache; allein wir müssen die Ausführung unserer Ansicht, wonach in den genannten Fällen immer die Sache selbst verpfändet ist, einer späteren Abhandlung überlassen, da sie mit der hier erörterten Frage nicht unmittelbar zusammenhängt.

53) Vergl. oben Note 45 — 48.

54) cf. c. 12. C. de praescr. longi temp. [7. 33.]

Sache eine utilis rei vindicatio sey, gar kein Streit; wohl aber darüber, in welchem Sinne die Pfandklage eine utilis rei vindicatio sey. Man hat wohl behauptet, die Pfandklage sey eine utilis rei vindicatio in dem Sinne, wie die Klage des Cessionars utiliter die Klage des Cedenten, sie sey also eine abgeleitete Eigenthumsklage; allein daß dieß irrig sey, erhellet von selbst, denn wäre die Pfandklage eine abgeleitete Eigenthumsklage, so könnte sie gegen den Verpfänder selbst nicht angestellt werden, und müßte nothwendig auch da erlöschen, wo die Klage des Eigenthümers hinweggefallen ist, was doch anerkanntermaßen nicht der Fall ist. Du Roi [55]) hält sie für eine Klage aus dem Eigenthum des Verpfänders zur Zeit der Verpfändung und Mühlenbruch [56]) für eine ficticia rei vindicatio, wo die Fiktion darin bestanden habe, daß formelles Eigenthum sub pacto fiduciae übertragen sey. Allein beide Ansichten beruhen auf unrichtigen Voraussetzungen. Die Pfandklage ist gar keine Eigenthumsklage, weder eine auf das Eigenthum des Verpfänders zur Zeit der Verpfändung, noch eine auf fingirtes Eigenthum des Pfandgläubigers gegründete, sie ist vielmehr nur eine Klage aus dem Pfandrechte, die nur deßhalb utilis rei vindicatio heißt, weil sie wie die rei vindicatio di-

55) Arch. Bd. VI. No. XVIII. §. 17.

56) Cession S. 9. Note 18. Mühlenbruch geräth offenbar mit sich selbst in Widerspruch, da er die dingliche Pfandklage aus dem Pfandrechte als einer obligatio rei entspringen läßt, und sie dann doch auf ein fictum dominium des Gläubigers gründet. Auch das ist nicht zu billigen, daß er das Pfandrecht ein dominium nennt, denn das Pfandrecht ist so wenig ein dominium als die obligatio personae eine potestas, es ist eben nur eine obligatio.

recta auf Verfolgung der Sache selbst gerichtet ist, während ihre Voraussetzungen und Wirkungen von denen der Eigenthumsklage durchaus verschieden sind. Deßhalb heißt es: „quaestio pignoris ab intentione dominii separatur“ [57]), und „nulla societate dominio conjungitur“ [58]), und ihre Wirkung wird im Gegensatze der übrigen actiones in rem, darin gesetzt, daß sie dem Verklagten nudam possessionem entziehe [59]), daß mithin dem Besitzer, dadurch, daß der Pfandgläubiger gegen ihn durchdringt, nicht das Eigenthum entzogen werde, wie dieß doch der Fall sein müßte, wäre die Klage auf fingirtes Eigenthum des Gläubigers gebaut, oder eine Eigenthumsklage aus dem Eigenthume des Verpfänders: nam in proprietatis quaestione quod meum est, alterius non est [60]). Mit dem Gesagten steht auch gar nicht in Widerspruch, daß der Pfandgläubiger, wenn er gegen den dritten Besitzer der verpfändeten Sache klagt, beweisen muß, daß die Sache sich zur Zeit der Verpfändung in bonis des Verpfänders befunden habe [61]), denn dadurch ist nur die Giltigkeit seines Pfandrechtes bedingt, er nimmt aber dadurch keineswegs das Eigenthum des

---

57) fs. 1. §. 2. de pign. [20. 1.]

58) fr. 44. §. 5. de usurp. [41. 3.]

59) fr. 66. de evict. [21. 2.] Hiermit sind die Stellen zu verbinden, wo es heißt creditor rem aufert: fr. 36. de noxal. act. [9. 4.] fr. 13. §. 5. de pign. [20. 1.] fr. 12. pr. u. §. 7. qui potiores [20. 4.] fr. 8. §. 8. quib. mod. pign. [20. 6.] c. 2. C. de pign. [8. 14.] u. a.

60) fr. 30. §. 1. de except. rei jud. [44. 2.]

61) fr. 23. de probat. (22. 3.) cf. fr. 3. pr. und fr. 15. §. 1. de pign. (20. 1.)

Verpfänders in Anspruch. Während also die rei vindicatio directa als die im Civilrechte gegründete, ursprünglich allein auf Verfolgung einer körperlichen Sache gerichtete, Klage den Beweis des Eigenthums des Klägers erfordert, und eben deßhalb ein Eigenthum des unterliegenden Besitzers nicht bestehen lassen kann, stellt sich die dingliche Pfandklage insofern als utilis rei vindicatio dar, als auch sie auf Verfolgung einer körperlichen Sache gerichtet und hierin der rei vindicatio directa nachgebildet ist, keineswegs aber insofern daß durch dieselbe Eigenthum, wenn auch nur prätorisches oder fingirtes in Anspruch genommen würde; sie entzieht vielmehr dem unterliegenden Besitzer immer nur den Besitz, läßt aber sein etwaiges Recht an der Sache [62]), selbst sein etwaiges besseres Pfandrecht, vorausgesetzt nur, daß im letzteren Falle der Besitzer sich nicht der exceptio: nisi et mihi res fuerit obligata, bedient hat [63]), auch dem Sieger gegenüber, fortbestehen, da sie eben nur auf das Vorhandensein eines giltigen Pfandrechtes gegründet ist, mithin auch der Gläubiger etwas Weiteres als den Besitz der Sache, zum Behufe seiner Sicherheit, gar nicht verlangt.

Nach den bisherigen Bemerkungen wird sich auch das Verhältniß der Serviana als utilis rei vindicatio zur Publiciana als fictitia rei vindicatio leicht herstellen lassen. Beide Klagen werden insofern zusammengestellt, als

---

62) D. h. hier. wenn er mit der utilis rei vindicatio die ihm verpfändete körperliche Sache verfolgt, das etwaige Eigenthum des Besitzers, wenn ihm aber eine Servitut, z. B. ein ususfructus ist verpfändet worden, den etwaigen ususfructus des Besitzers.

63) fr. 30. §. 1. de except. rei jud. (44. 2.)

sie beide prätorischen Ursprungs und beide auf Verfolgung einer körperlichen Sache gerichtet sind.

Paulus libro XX. ad edictum.

...Et quidem rei pignori datae etiam specialis petitio est, utut hereditatis petitione contineatur, sicut illae quarum nomine Publiciana competit [64]).

Sie unterscheiden sich aber von einander wesentlich dadurch, daß die Serviana nicht wie die Publiciana auf ein dominium fictum des Klägers gebaut ist, und daß jene deßhalb auch das dominium fictum des unterliegenden Besitzers nicht so wie diese aufhebt, sondern ihm immer nur den Besitz entzieht, weßhalb wieder bei der Serviana nur der Beweis eines giltigen Pfandrechtes, bei der Publiciana dagegen der Voraussetzungen des fingirten Eigenthums erbracht werden muß.

Gerade aus dem Umstande aber, daß die Serviana wie die Publiciana auf prätorischer Jurisdiktion beruht, erklärt sich nun auch, warum der Pfandgläubiger, selbst für den Fall, wo der Verpfänder nicht Eigenthümer sondern nur b. f. possessor war, immer nur die Serviana nicht aber die Publiciana hat. Der Prätor hatte nämlich das Pfandrecht und demnach auch die Serviana an die Voraussetzung geknüpft, daß der Verpfänder zur Zeit der Verpfändung das Recht gehabt habe, die Sache zu verpfänden, namentlich daß er Eigenthümer der Sache gewesen sey. Hierbei forderte er aber nicht daß der Verpfänder die Sache im streng Röm. Eigenthume, im dominium ex jure Quiritium gehabt habe, und konnte dieß nach seinem Systeme auch nicht fordern, sondern nur, daß der

64) fr. 19. pr. de H. P. (5. 3.)

Verpfänder die Sache in bonis gehabt habe [65]), welchem rücksichtlich der prätorischen Fiktion: rem jam esse usucaptam, auch die bonae fidei possessio gleichstand, weßhalb auch für beide Fälle gleichmäßig die Publiciana eintrat [66]) so verschieden auch dieselben in sonstiger Hinsicht waren. Sah also der Prätor bei der Frage nach der Giltigkeit der Pfandbestellung nur darauf, daß der Verpfänder nach seinem Systeme dazu berechtigt gewesen sey, so war es ganz natürlich, daß auch die von ihm dem Pfandgläubiger gestattete in rem actio, die Serviana, überall da eintreten mußte, wo bei dem Verpfänder die Bedingungen der Publiciana also in bonis oder bonae fidei possessio vorhanden gewesen waren, wie dieß auch in unseren Quellen deutlich gesagt wird:

Paulus libro XIX. ad edictum.

Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam [67]).

Ulpianus libro XXIII. ad edictum.

Si debitor servum, quem a non domino bona fide emerat, et pignoravit, teneat, Servianae locus est, et si adversus eum agat creditor, doli replicatione exceptionem elidet; et ita Julianus ait, et habet rationem [68]).

---

65) Siehe die Stellen in Note 61.

66) Reinhardt die usucapio und praescriptio des Röm. Rechts §. 31.

67) fr. 18. de pig. (20. 1.)

68) fr. 21. §. 1. eod.

Aus diesen Stellen, namentlich der letzteren, geht jedoch soviel hervor, daß die Zulassung der Serviana auch für den Fall, wo der Verpfänder nur b. f. possessor gewesen war, erst auf der Interpretation der Röm. Juristen, nicht aber auf der ursprünglichen Fassung des prätorischen Ediktes beruhte, so daß demnach dieses ausdrücklich nur an die Nachweisung, daß der Verpfänder die Sache in bonis gehabt habe [69]), die Serviana geknüpft hatte, obgleich nach Obigem die Ausdehnung derselben auf den Fall, wo die Voraussetzungen der b. f. possessio bei dem Verpfänder vorhanden gewesen waren, nur eine consequente Anwendung der Grundsätze des prätorischen Edikt es auf den vorliegenden Fall enthielt.

Ist nun, wie wir hoffen, nachgewiesen, daß die dingliche Pfandklage überhaupt prätorischen Ursprungs und daß sie nicht eine Eigenthumsklage, sondern, eine auf das Pfandrecht gegründete, auf Verfolgung des verpfändeten Gegenstandes gerichtete Klage sey, so dürfte die Feststellung der formula derselben keinen besonderen Schwierigkeiten unterliegen.

Als prätorische Klage mußte die dingliche Pfandklage, da dieselbe auch nicht durch Fiktion einer ursprünglichen Civilklage nachgebildet war, in factum concipirt seyn [70]),

---

69) Dieses dominium (in bonis) muß auch unter dem dominium in der Stelle des Paulus verstanden werden, nicht aber das dominium ex jure Quiritium wenigstens nicht das nudum jus Quiritium. Gajus II. 40 und 41.

70) Gajus IV. 45. flgde. Zimmern Rechtsgesch. Bd. III. §. 51. u. 54. vergl. §. 65. Note 19. Du Roi im Archive für civ. Prax. a. a. O. S. 402. glaubt, daß die intentio der Pfandklage, welche er für eine Eigenthumsklage aus dem Eigenthume des Verpfänders hält, gelautet habe: si paret rem eo tem-

mithin mußten: initio formulae nominato eo, quod factum erat, ea adjici verba, per quae judici damnandi absolvendive potestas datur [71]). Diesemnach dürfte die intentio (facti) wenigstens ursprünglich, d. h. so lange gesetzliche und testamentarische Pfandrechte noch nicht zugelassen waren, etwa folgendermassen gelautet haben:

J. E. Si paret inter Publium Maevium et Aulum Agerium convenisse ut homo pignori vel hypothecae sit obligatus.

für welche Fassung der intentio alle in den Pandekten-Fragmenten vorkommenden Spuren sprechen; denn obgleich sich nirgends die intentio der formula hypothecaria bestimmt aufgestellt findet, so ist doch wiederholt von der exceptio die Rede, welche dem besitzenden Pfandgläubiger gegen den vindicirenden Verpfänder oder Pfandgläubiger gegeben würde. Diese wird zwar auch nicht ganz, aber doch im Wesentlichen, gleichlautend angegeben. So soll, wo Mehreren eine Sache zu derselben Zeit in solidum war verpfändet worden, und daher unter ihnen der Besitz entscheidet, dem Besitzer die exceptio zustehen: „si non convenit, ut eadem res mihi quoque pig-

---

pore, quo pignus contrahebetur, in bonis debitoris fuisse; da aber die Pfandklage, wie nachgewiesen, keine Eigenthumsklage, auch nicht aus dem Eigenthume des Verpfänders, ist, so konnte auch die intentio nicht in der bemerkten Art concipirt werden; vergl. Francke civil. Abhandlungen II. S. 105. Note 53. und Mühlenbruch a. a. O. nur daß Letzterer darin irrt, daß er die Pfandklage für eine fingirte Eigenthumsklage hält. Die von Francke aufgestellte Formel wird im Texte geprüft werden.

71) Gajus IV. 46.

nori esset[72]; und, da wo dieselbe Sache an Mehrere zu verschiedenen Zeiten war verpfändet worden, wird dem früheren Pfandgläubiger, wenn er sich im Besitze befindet, gegen die Klage des späteren die exceptio: si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata" gegeben, deren er sich auch replicando soll bedienen können, wenn er gegen den besitzenden späteren Gläubiger mit der actio hypothecaria auftritt, und dieser die exceptio: „si non convenit ut sibi res sit obligata" entgegenschützt[73]. Ebenso soll sich derjenige, dem ein Usufrukt vom Eigenthümer pfandweise ist eingeräumt worden, gegen die negatoria des letzteren mit der exceptio: „si non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit" [74], schützen können. Nun unterliegt es aber keinem Zweifel, daß das die exceptio Begründende, wenn sich die Lage des Berechtigten zur Klage eignet, auch den Grund der Klage abgeben müsse, und so dürfte die oben aufgestellte intentio wohl alle Wahrscheinlichkeit für sich haben. Einer besondern Erwähnung verdient aber noch die von Francke[75]) aufgestellte intentio der actio hypothecaria. Nach ihm soll dieselbe gelautet haben:

„Si paret pignus datum, neque solutam esse pecuniam".

---

72) fr. 10. de pignorib. (20. 1.)

73) fr. 12. pr. qui potior. (20. 4. cf.) fr. 17. §. 1. ad Sctum Vellej. (16. 1.)

74) fr. 11. §. 1. de pignorib. (20. 1.)

75) A. a. O. S. 103. flgde.

und demnach soll auch der Gläubiger haben beweisen müssen, daß die Pfandschuld noch nicht abgetragen sey. Nun muß aber der Gläubiger außer dem factum der Verpfändung zugleich auch eine Forderung, für welche das Pfandrecht bestellt wurde, nachweisen [76]) und daher kann ihn unmöglich auch noch der Beweis treffen, daß die Forderung noch nicht getilgt sey, denn dieß widerspräche allen Grundsätzen über die Beweislast; ja dadurch würde der Gläubiger rücksichtlich seiner Forderung in eine schlimmere Lage kommen, als er ohne das Pfandrecht gewesen wäre und consequent müßte Francke behaupten, daß auch bei der actio pignoratitia (personalis) directa nicht der klagende Verpfänder die Tilgung seiner Schuld zu beweisen habe, sondern umgekehrt, der Pfandgläubiger auch hier beweisen müsse, die Pfandschuld sey noch nicht getilgt. Es fragt sich demnach nur, wie Francke zu einer so auffallenden Behauptung gekommen sey? Er stützt seine Ansicht auf ein Rescript des Codex:

Imp. Severus A. et Antoninus C. Illaro. Si pecuniam tibi non esse numeratam, atque ideo frustra cautionem emissam asseris, et pignus datum probaturus es, in rem experiri potes. Nam intentio dati pignoris neque redditae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. Eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus, adversarius tuus agere coeperit [77]).

---

76) c. 10. C. de pigr. act. (4. 24.)

77) c. 1. C. si pignoris convention. (8. 33.) In c. 1. C. de non num. pec. (4. 30.) kömmt dieselbe Stelle vor, nur daß hier statt: „neque redditae pecuniae“ steht: „nec numeratae

Diese Stelle hat unseren Rechtslehrern von jeher die größten Zweifel verursacht, und es ist uns noch keine hinlänglich befriedigende Erklärung bekannt [78]), weßhalb wir nicht umhin können, unsere Ansicht über dieselbe mitzutheilen.

Wir haben schon anderwärts gezeigt, daß der Prätor die Erlöschung des Pfandrechtes nicht schlechthin an das Erlöschen der Forderung geknüpft hatte, sondern vielmehr verlangte, daß die Forderung durch Befriedigung des Gläubigers müsse hinweggefallen seyn, so daß es fast sprüchwörtlich wurde, zu sagen: pignus durat, verum est enim convenisse de pignoribus et creditori ejus nomine satisfactum non esse [79]). Nun hatte Illarus über ein nicht empfangenes Darlehn einen Schuldschein ausgestellt und zugleich für dasselbe eine Sache verpfändet. Wegen der bemerkten Fortdauer des Pfandrechtes bis die Schuld durch Befriedigung des Gläubigers getilgt sey, zweifelte er, ob er die verpfändete Sache zurückfordern könne und wendete sich deßhalb an den Kaiser. Dieser rescribirt: wenn du, wie du behauptest, für ein nicht empfangenes Darlehn die Sache verpfändet hast, so kannst

---

pecuniae." was jedoch ganz dasselbe bezeichnet, da auch sonst numerare für solvere gebraucht wird, cf. Brissonius S. V. numerare und numeratio.

78) Ueber die verschiedenen Erklärungs-Versuche vergl. m. Westphal Pfandrecht §. 7. Unterholzner im Archive für civ. Praxis Bd. VII. No. I. S. 34. Note 26. Endemann (A. E.) commentat. de chirographo et exceptione non numeratae pecuniae. Marb. 1832. p. 15. Eine Corruption des Textes können wir jedoch mit Letzterem nicht finden.

79) Vergl. hierüber meine Abhandlung über die Wirkung der Klagenverjährung S. 49—61. und oben S. 43 vergl. mit S. 89—91.

du die Sache vindiciren; denn die Berufung des Pfandgläubigers darauf, daß ihm die Sache sey verpfändet und die Schuld noch nicht abgetragen worden, kann nicht eher in Betracht kommen, bis er eine Forderung, für welche das Pfand bestellt wurde nachgewiesen hat. Intentio steht also hier nicht etwa in ihrer technischen Bedeutung für den Theil der formula welcher den Grund der Klage enthält, sondern bezeichnet hier so viel als defensio überhaupt [80]), so daß die Berufung des Gläubigers darauf: pecuniam redditam non esse, nur eine litis contestatio negativa, eine Abläugnung des Klagegrundes enthält. Hätte der Verpfänder im obigen Falle, die actio pignoratitia directa angestellt, wie er dieß konnte [81]), und der Verklagte hätte sich darauf berufen: pecuniam redditam non esse, so würde es Niemanden einfallen zu behaupten, dieß sey eine selbstständige exceptio, deren Beweis daher der Verklagte zu erbringen habe, vielmehr würde Jeder zugeben, daß dieß nur eine litis contestatio negativa enthalte, wonach der Kläger den Grund seiner Klage, daß nämlich die Pfandschuld getilgt sey, zu beweisen habe. Dieß kann nun begreiflicher Weise auch dadurch nicht geändert seyn,

80) Zimmern Rechtsgesch. Bd. III. §. 91. Will man mit Westphal am a. O. nach den Basiliken, welche intentio durch παραγαφή wiedergeben, womit auch Sintenis in der Uebersetzung des corp. jur. B. VI. Abtheil. I. S. 218. übereinstimmt, intentio für gleichbedeutend mit exceptio halten, so muß auch hier exceptio in ihrem weitesten Sinne, wo sie soviel als defensio überhaupt bezeichnet, genommen werden.

81) fr. 11. §. 2. de pignorat. act. [13. 7.] Si quasi daturus tibi pecuniam pignus accepero, nec dedero, pignoratitia actione tenebor et nulla solutione facta.

daß der Verpfänder die rei vindicatio angestellt hat, denn auch jetzt enthält die Einwendung des Verklagten daß die Pfandschuld noch nicht abgetragen sey, eine litis contestatio negativa und der Kläger muß demnach die Tilgung der Schuld beweisen [82]). Dieß war es eben weßhalb der Verpfänder fürchtete, daß er nicht durchlangen werde, da der Verklagte ihm entgegnen könne: da du, wie du selbst zugestehst, mir die Sache verpfändet hast, so kannst du dieselbe nicht eher zurückverlangen, bis du die Schuld abgetragen. Die Kaiser belehren ihn aber, daß ehe der Verklagte mit dieser Einwendung gehört werden könne, derselbe erst nachweisen müsse, daß ursprünglich eine Schuld bestanden habe, woran es im vorliegenden Falle eben gebrach, so daß sie gerade aus diesem Grunde die Klage für zulässig erklären. Auf diese Weise verschwindet jede Schwierigkeit der Stelle, und dieselbe steht der von uns aufgestellten intentio der formula hypothecaria überall nicht entgegen; so daß wir uns nun zur condemnatio derselben wenden können. Dieser mußte, da die dingliche Pfandklage eine actio arbitraria war [83]), eine Erlaub-

---

82) c. 10. C. de pignorat. act. [4. 24.] Nec creditores nec qui his successerunt, adversus debitores pignori quondam res nexas petentes, reddita jure debiti quantitate, vel his non accipientibus oblata et consignata et deposita, longi temporis praescriptione muniri possunt. Unde intelligis, quod, si originem rei probare potes, adversario tenente vindicare dominium debes. Ut autem creditor pignoris defensione se tueri possit, extorquetur ei necessitas probandi debiti, vel si tu teneas, per vindicationem pignoris hoc idem inducitur, et tibi non erit difficilis vel solutione, vel oblatione atque solenni depositione pignoris liberatio.

83) §. 31 J. de act. (4. 6.) Praeterea quasdam actiones arbitra-

niß für den judex, den Verklagten zunächst zur Herausgabe der Sache selbst anzuhalten, oder den Kläger sonst zu befriedigen, vorausgehen, so daß erst wenn der Verklagte diesem arbitrium judicis nicht nachkam, die eigentliche condemnatio auf eine bestimmte Summe Geldes erfolgte [84]). An sich ging nun die condemnatio nicht etwa blos auf die Summe für welche die Sache verpfändet war, sondern schlechthin auf die litis aestimatio, und zwar gegen den dritten Besitzer unbedingt, nur daß der Gläubiger, das seine Forderung Uebersteigende, an den Verpfänder herausgeben mußte; während der Schuldner nur auf die schuldige Summe nebst Zinsen u. s. f. verurtheilt wurde:

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

In vindicatione pignoris quaeritur: an rem de qua actum est, possideat is, cum quo actum est? Nam si non possideat, nec dolo fecerit, quo minus possideat, absolvi debet; si vero possideat, et aut pecuniam solvat, aut rem restituat; aeque absolvendus est; si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur. Sed si velit rem restituere, nec possit, forte quod res abest, et longe est, velut in provinciis, solet cautionibus res

---

trarias id est ex arbitrio judicis pendentes, appellamus, in quibus, nisi arbitrio judicis is, cumquo agitur, actori satisfaciat, [veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat] condemnari debeat Sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. In rem, veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur.

84) Zimmern Rechtsgesch. Bd. III. §. 67. u. 68. Vergl. Mayer Litiscontestatio I. Abtheil. §. 6.

explicari; nam si caverit se restituturum, absolvitur. Sin vero dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem juraverit, sicut in ceteris in rem actionibus; nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid prodesset in rem actio, quum et in personam agendo idem consequeretur? [85])

Ulpianus libro XXIII. ad edictum.

Si res pignorata non restituatur, lis adversus possessorem erit aestimanda; sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus quemvis possessorem. Nam adversus debitorem non pluris, quam debet, quia non pluris interest; adversus ceteros possessores etiam pluris, quia quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet debitori pignoratitia actione [86]).

---

85) fr. 16. §. 3. de pignorib. [20. 1.] Auf die Früchte hatte der judex dann Rücksicht zu nehmen, wenn die Sache nicht soviel werth war als die Schuld betrug, und zwar auf die nach der litis contestatio gezogenen Früchte schlechthin, auf die frühergezogenen nur so weit sie noch vorhanden waren, §. 4. eod. wenigstens wenn der Verklagte b. f. possessor war, fr. 1. §. 2. eod.

86) fr. 21. §. 3. eod. Ganz ebenso verhielt es sich, wenn dem Gläubiger die Sache war gestohlen worden: fr. 87. de furtis [47. 2.] wenigstens rücksichtlich der condictio incerti, denn das was der Gläubiger mit der actio furti von dem Schuldner erhalten hatte, brauchte er weder auf seine Forderung einzurechnen, noch an den Schuldner herauszugeben fr. 22. pr. ctur. §. 1. de pignorat. act. [13. 7.] fr. 79. de furtis [47. 2.] nur daß sich die Bestimmung des Quantum's der Strafe wenn gegen den Schuldner geklagt wurde, nicht nach dem Werthe der verpfändeten Sache, sondern nach der Größe der Forderung richtete, während gegen den Dritten der Werth der verpfändeten Sache den

Selbst wenn der Schuldner auf mehr war condemnirt worden, als die Pfandschuld nebst Zinsen sich belief, kam er damit ab, daß er die schuldige Summe zahlte:

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

Si pluris condemnatus sit debitor non restituendo pignus, quam computatio sortis et usurarum faciebat, an, si tantum solverit, quantum debebat, exoneretur hypotheca? Quod ego, quantum quidem ad subtilitatem legis et auctoritatem sententiae, non probo; semel enim causa transire videtur ad condemnationem et inde pecunia deberi. Sed humanius est, non amplius eum, quam quod re vera debet, dando hypothecam liberare [87].

Zu bemerken ist indessen noch, daß, wenn etwa die Sache an Mehrere nach einander war verpfändet worden, und der Besitzer dem klagenden früheren Gläubiger die aestimatio gezahlt hatte, die Sache hierdurch von dem späteren Pfandrechte nicht befreit war, vielmehr jetzt dem späteren Gläubiger so haftete, als wenn die Pfandschuld des früheren durch Zahlung wäre getilgt worden:

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam.

Si, quoniam non restituebat rem pignoratam possessor, condemnatus ex praefatis modis litis aestimationem exsolverit, an perinde secundo creditori tenea-

---

Maßstab gab, wo dann aber der Gläubiger das superfluum an den Verpfänder herausgeben mußte. fr. 87. cit. vergl. mit fr. 15. pr. eod.

87) fr. 16. §. 6. de pignorib [20 1.]

tur, ac si soluta sit pecunia priori creditori? quaeritur. Et recte puto hoc admittendum esse [88].

Haben wir nun nachgewiesen, daß das Pfandrecht sowohl seiner äußeren Bezeichnung als auch seiner inneren Natur nach sich blos als eine obligatio rei darstelle, daß namentlich dem Pfandgläubiger materielle Rechte an der Sache nicht zuständen, und auch die ihm zustehende dingliche Klage als utilis rei vindicatio nicht eine Eigenthumsklage, sondern nur eine auf das Pfandrecht gegründete, auf Verfolgung der verpfändeten Sache selbst gerichtete Klage sey, die eben deßhalb auch dem Verklagten immer nur den Besitz, nicht aber das Eigenthum entziehe, und besteht dann das Wesen einer obligatio überhaupt darin, daß eine von der privatrechtlichen Herrschaft des Berechtigten unabhängige Person oder Sache zu demselben blos in einem solchen Beziehungsverhältnisse steht, daß der Berechtigte irgend einen Anspruch gegen dieselbe durch Anrufung der öffentlichen Gewalt geltend machen kann, so daß sein ganzes Recht an sich nur in der Klage besteht, mithin auch mit der letzteren nothwendig hinwegfallen muß, so muß nun auch das Pfandrecht, ist es anders nur eine obligatio rei, auch blos in der Klage bestehen, und demnach auch mit der letzteren zusammenfallen. Man würde aber, festhaltend an einmal hergebrachten Ideen, jene Folgerung als bloses Raisonnement ansehen, und eine solche Verschiedenheit der Rechte, namentlich der s.g. dinglichen Sachen-Rechte dennoch nicht zugeben, könnten wir dieselbe nicht mit Zeugnissen aus unseren Quellen belegen. Zum Glücke haben uns jedoch die Compilatoren

---

88) fr. 12. §. 1. qui potiores (20. 4.)

Justinians eine Stelle erhalten, die den bemerkten Unterschied zwischen Pfandrecht und den sonstigen dinglichen Sachenrechten klar ausspricht und demnach auch unsere Ansicht über die Natur des Pfandrechtes über allen Zweifel erhebt.

Gajus libro VI ad edictum provinciale.

Si noxale judicium agitur de servo, qui pignoris jure tenetur, aut de eo, cujus ususfructus alterius est admonendi sumus, si creditor vel usufructuarius praesens defensionem suscipere noluerit, proconsulem interventurum, et pignoris persecutionem vel ususfructus actionem negaturum. Quo casu dici potest, ipso jure pignus liberari; nullum enim pignus est cujus persecutio negatur. Ususfructus autem, etiamsi persecutio ejus denegetur, ipso jure durat eousque, donec non utendo constituto tempore pereat [89]).

Gajus behandelt hier die Frage: was Rechtens sey, wenn ein Sklave, der einem Dritten verpfändet sey oder an welchem einem Dritten ein Nießbrauch zustehe, einen Schaden zugefügt habe, und dann der Beschädigte mit der Noxalklage auftrete, der Pfandgläubiger oder Usufruktuar aber die Vertheidigung des Sklaven nicht übernehmen wollten? Da jedoch die Noxalklage an sich nicht gegen den Pfandgläubiger ging [90]), so setzte diese

89) fr. 27. pr. de noxal. act. [9. 4.]

90) fr. 22. §. 1. eod. Paulus libro XVIII. ad Edictum. Is, qui pignori accepit vel qui precario rogavit, non tenetur noxali actione; licet enim juste possideant, non tamen opinione domini possident; sed hos quoque in potestate domini intelligi, si facultatem repetendi eos dominus habeat.

Frage voraus, daß entweder der Eigenthümer abwesend war, oder wenn auch gegenwärtig, doch die defensio des Sklaven nicht übernehmen wollte [91]). War dagegen in Abwesenheit des Gläubigers in Folge des noxale judicium der Sklave dem Beschädigten zugesprochen worden, so stand ihm immer noch das jus defendendi zu [92]). Nun bemerkt Gajus, daß, da wo der Pfandgläubiger oder Usufruktuar die defensio des Sclaven übernehmen müßten, dieselbe aber verweigerten, der Prokonsul ihnen die auf Verfolgung ihres Rechtes gerichtete Klage, also dem Gläubiger seine utilis rei vindicatio, dem Usufruktuar seine vindicatio ususfructus absprechen werde, gerade wie dieß auch in anderen Stellen gesagt wird [93]). Allein Gajus gibt zugleich den Einfluß, den der Verlust auf das zu Grunde liegende Recht habe an, indem er sagt, hier lasse sich behaupten, das Pfandrecht selbst sey erloschen, weil eben ein Pfandrecht nach hinweggefallener Pfandklage nicht bestehe, was sich bei

91. fr. 26. §. 6. eod.

92) fr. 30. eod.

93) fr. 3. si ex noxali causa [9. 2.] Ulpianus libro VII. ad edictum. Si cum usufructuario noxali judicio agetur, isque servum non defenderit, denegatur ei per praetorem ususfructus persecutio. cf. fr. 17. §. 2. de ususfr. (7. 1.) Ebenso wird bei verweigerter cautio de damno infecto entschieden: fr. 15. §. 25. de damno infecto [39. 2.] Ulpianus libro LIII. ad edictum. Item quaeritur in pignoratitio creditore: an pignoris persecutio denegetur adversus eum, qui jussus sit possidere? Et magis est, ut, si neque debitor repromisit, neque creditor satisdedit, pignoris persecutio denegetur. Quod et in fructuario recte Celsus scribit.

dem Usufrukte ganz anders verhalte, denn dieser bleibe, wenn auch die Klage auf Verfolgung desselben abgesprochen sey, dennoch fortbestehen, bis durch den Nichtgebrauch die Erlöschung des Rechtes selbst herbeigeführt werde. Daß Gajus hier einen wichtigen Unterschied zwischen Pfandrecht und Usufrukt hervorhebe, kann nicht geläugnet werden, und es ist nur auffallend, warum man diese Stelle seither zur Begründung einer richtigeren und schärferen Abscheidung der Rechte untereinander, namentlich auch der dinglichen Sachenrechte, ganz unbenutzt gelassen hat. Jenen Unterschied kann man auch nicht etwa daraus erklären wollen, daß der Usufrukt ein Institut des Civilrechts sey, das pignus dagegen als dingliches Recht seinen Ursprung dem Prätor verdanke; denn hiermit wäre an sich gar Nichts bewiesen, weil Niemand behaupten wird, daß alle auf prätorischer Jurisdiktion beruhenden Rechte mit der Klage zusammenfielen, während sich dieß bei den im Civilrechte gegründeten Rechtsverhältnissen ganz anders verhalte; auch hätte dann Gajus bemerken müssen, daß da, wo der Usufrukt blos auf prätorischer Jurisdiktion beruhe, dasselbe eintrete, wie beim Pfandrechte; dagegen gibt er aber als Grund jenes Unterschiedes an: weil da ein Pfandrecht nicht bestehe wo die Klage abgesprochen werde, während der Usufrukt auch nach weggefallener Klage so lange fortbestehe bis er durch Nichtgebrauch, binnen der gesetzlich bestimmten Zeit, erlösche. Nach dem was wir über die innere Verschiedenheit des Pfandrechtes von den übrigen dinglichen Sachenrechten bemerkt haben, namentlich über dessen Verschiedenheit von den Servituten, daß nämlich: während diese dem Berechtigten materielle Rechte an der Sache einräumten, dem Pfandgläubiger eine bloße obligatio an

derselben zustände, so daß dort das Recht niemals blos in der Klage bestehe, mithin auch mit dieser nicht zusammenfallen könne, während hier, abgesehen von dem Rechte die Sache durch Anrufung der Staatsgewalt in Anspruch nehmen zu können, ein weiteres Recht nicht begründet sey, mithin hier das ganze Recht, wie dieß bei den Obligationen überhaupt der Fall sey, nur in der Klage bestehe und daher auch, da wo letztere abgesprochen werde, selbst zusammenfallen müsse; erklärt sich dagegen die von Gajus hervorgehobene innere Verschiedenheit beider Rechte von selbst, und es wird dadurch unsere Theorie vollkommen bestättigt. Ist demnach das Pfandrecht ein solches Rechtsverhältniß welches nur in der Klage besteht, so ergibt sich wieder von selbst, daß da, wo gesagt wird die Klage bleibe bestehen, nothwendig auch das Recht selbst bestehen muß, wodurch sich das, was wir oben [94]), über die Möglichkeit der Fortdauer des Pfandrechtes nach der Eigenthums-Erwerbung von Seite des seitherigen Pfandgläubigers, gegen von Jungenfeldt bemerkt haben, als vollkommen richtig darstellt, indem es hiernach ganz einerlei ist, zu sagen das Pfandrecht besteht fort, oder die Pfandklage besteht fort; wie denn auch sonst die actio hypothecaria für gleichbedeutend mit der obligatio rei gebraucht wird. So sagt z. B. Justinian, in der Verordnung in welcher er den Grundsatz des älteren Rechtes, daß wenn gegen einen, der mehreren correi debendi der Gläubiger geklagt und jener sich eingelassen habe, die Obligation in Beziehung auf die übrigen erloschen sey [95]),

94) No. VIII. S. 85 — 97.

95) Vergl. Ribbentrop zur Lehre von den Correal-Obligationen. Göttingen 1831. S. 259. u. flgde.

abändert und bestimmt, daß die Erlöschung auch rücksichtlich der übrigen erst durch die Befriedigung des Gläubigers eintreten solle: Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praejudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras, et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat [96]; was offenbar dasselbe bedeutet, als: remanere creditori omnes obligationes integras [97]. Sehr passend werden demnach auch die verpfändeten Gegenstände durch „res in actionibus constitutae" bezeichnet [98], wodurch das Wesen des Pfandrechtes ganz genau angegeben ist, denn dieses besteht nur in der actio gegen die Sache.

Sowie nun auf der einen Seite, da wo die dingliche Pfandklage fortdauern soll, nothwendig auch das Pfandrecht selbst fortbestehen muß, so muß auf der andern Seite, da wo dem Gläubiger die Pfandklage schlechthin, auch gegen den Verpfänder abgesprochen wird, wo es also

---

96) c. 28. C. de fidejuss. (8. 41.) Vergl. Ribbentrop a. a. O. S. 267.

97) fr. 5. §. 2. quib. mod. pign. solv. [20. 6.] Vergl. oben S. 36. Note 27.

98) c. 2. C. de quadrienn. praescript. [7. 37.] Imp. Zeno A. Aeneae, comiti rerum privatarum. Omnes, qui quascunque res mobiles, vel immobiles, seu se moventes, vel in actionibus, aut quocunque jure constitutae a sacratissimo aerario comparaverint, eos quin etiam, quibuscunque res mobiles seu immobiles, seu se moventes, aut in actionibus vel quocunque jure constitutae munificentiae principalis nomine datae fuerint, omnibus pariter privilegii .... perpotiri sancimus. — cf. c. 3. eod.

heißt: „actio denegatur,“ „amittitur“ „evanescit“ „inefficax constituitur“ u. dgl. [99]) auch das Pfandrecht selbst für erloschen erklärt werden; so daß demnach auch hier actio und obligatio gleich bedeutend sind, gerade wie dieß bei den persönlichen Forderungsrechten der Fall ist [100]).

Das eben Bemerkte führt uns nun auf die Frage, welchen Einfluß die Verjährung der Pfandklage auf das Pfandrecht habe. Ehe wir jedoch auf die Beantwortung der Frage selbst übergehen, müssen wir einer Abhandlung von Roßhirt [101]) erwähnen, der, jedoch unbekannt mit unserer Abhandlung über die Wirkung der Klagenverjährung, in welcher wir unterschieden zwischen dinglichen Rechten und bloßen Forderungsrechten, und dort mit der Verjährung der Klage blos die Klage als weggefallen, das Recht dagegen als fortbestehend, hier aber mit der Verjährung der Klage, das Recht selbst als erloschen nachzuweisen suchten, wieder die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt hat [102]).

---

99) Vergl. Note 89. u. 93. u. c. 7. C. de remiss. pign. [8. 26.] c. 1. C. de pignorat. act. [4. 24.] c. 1. C. si adversus credit. [7. 36.]

100) Vergl. meine angeführte Abhandlung S. 34. u. 35.

101) Welche Wirkung hat die Verjährung der Klagen? in seiner Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht. Hft. 2. Heidelberg 1832. S. 156 — 172.

102) Unbedingt ist dieser Ansicht auch wieder beigetreten W. H. Puchta über die gerichtlichen Klagen der Landeigenthümer, Giessen 1833. S. 96 u. 97. Welche Verwirrung hier noch herrscht, zeigt das von Puchta für die Zulässigkeit der Compensation aus einem verjährten Forderungsrechte angeführte Beispiel. Vergl. darüber meine angef. Abhandl. S. 14.

Wir sind indessen durch Roßhirt's Ausführung nicht nur nicht von unserer früheren Ansicht abgebracht, sondern wo möglich in derselben bestärkt worden, weil wir erkannten daß, da Roßhirt gerade nichts Neues für die entgegengesetzte Theorie habe vorbringen können, es überhaupt schwer halten werde dieselbe durch neue Gründe zu unterstützen, oder vielmehr, da wir die alten vollständig entkräftet zu haben glauben, wieder zu begründen. Neues wird aber in Roßhirt's Abhandlung auch außer uns Niemand finden, man müßte denn das, was er über die Verschiedenheit des „tempore liberari“ bei den actiones temporales bemerkt, für etwas Neues halten, indem er annimmt [103]), daß da wo die actio temporalis blos auf der Aequität des Edikts ohne tiefere natürliche Grundlage beruht habe, [wie z. B. bei den Restitutionsklagen, mit der Klage der ganze Anspruch verloren gegangen sey, während da, wo die naturalis obligatio unbezweifelt gewesen sey, und der Prätor nur den Klageffekt durch eine actio temporalis supplirt habe, wie bei fast allen prätorischen Pönalklagen, die naturalis obligatio, mit dem Wegfallen der Klage nach dem Ablaufe der Zeit, um so weniger habe erlöschen können, als die naturalis obligatio selbst nicht als in judicium transferirt sey angesehen worden. Daß aber das fr. 50. §. 2. de peculio (15. 1.) worauf sich Roßhirt für die letztere Behauptung stützt, den ihm hier, wie gewöhnlich, untergelegten Sinn nicht habe, ist von uns ebenfalls schon bemerkt worden [104]). Auch hat ja Roßhirt selbst die verschiedenen

---

103) A. a. O. S. 157 u. 158. 161 u. 170.

104) Meine Abhandl. über die Klagenverjährung S. 46. Note 107.

Bedeutungen der naturalis obligatio hervorzuheben gesucht, und bemerkt, daß naturalis obligatio auch in der Bedeutung vorkomme, daß die obligatio nur keine gerichtlich, weder durch Klage noch durch exceptio, zu verfolgende sey, also rechtlich als obligatio nicht in Betracht komme, während die wissentlich geschehene Erfüllung giltig bestehen bleibe [105]). In diesem Sinne ist dann freilich auch eine naturalis obligatio noch vorhanden, wenn der Schuldner injuria judicis ist absolvirt worden, oder wo die Klage durch eine sonstige exceptio perpetua ausgeschlossen ist, also auch bei der exceptio temporis, und in so fern kann man sagen: civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero uon utique [106]); die gerichtliche Wirksamkeit ist aber eben das jus bei einer obligatio und dieß muß daher auch durch die civilis ratio aufgehoben werden können. Daß es aber nur eine Singularität sey wenn nach weggefallener Klage aus einem Obligations-Verhältnisse noch eine exceptio gestattet werde, ist schon oben [107]) bemerkt worden, und wird auch von den Römischen Juristen, da wo die Klage durch eine exceptio perpetua ausgeschlossen ist, nur als Singularität angegeben, indem es nur da eintreten soll wo die exceptio ausnahmsweise einmal in odium creditoris eingeführt wäre [108]), wovon sich eben deßhalb nur seltene

105) Roßhirt a. a. O. S. 123. und flgde. Vergl. Francke Abhandlungen No. II. S. 65 — 69.

106) Roßhirt a. a. O. S. 161. Vergl. §. 3. J. de legit. agnat. tut. [1. 15.] fr. 8. de capite min. [4. 5.] fr. 2. de usufr. ear. rer. [7. 5.] fr. 8. de R. J. [50. 17.]

107) S. 99. Note 5.

108) fr. 40. pr. de cond. indeb. [12. 6] vergl. mit fr. 19. u. 51. eod. fr. 9. §. 4. u. 5. fr. 10. ad Sctum Maced. [14. 6.]

Beispiele finden [109]). Es ist also nur eine willkührliche Supposition wenn Roßhirt die Wirkung der exceptio perpetua darnach beurtheilen will, ob die gegenüberstehende obligatio eine naturale Grundlage habe oder nicht [110]), da in unsern Quellen die Wirkung der exceptio perpetua nur davon abhängig gemacht wird, ob sie in favorem debitoris, wie dieß die Regel ist, oder ausnahmweise, in odium creditoris eingeführt sey. Wir glauben nun nachgewiesen zu haben, daß die exceptio temporis überall nicht als in odium creditoris introducta könne angesehen werden [111]), und so muß sie auch die Wirkungen der exceptio perpetua, also die völlige Unwirksamkeit der gegenüberstehenden obligatio herbeiführen, und selbst wenn es zweifelhaft wäre ob sie in favorem debitoris oder in odium creditoris eingeführt sey, würde für die Regel nicht aber für die Ausnahme zu vermuthen seyn, da noch obendrein die Vermuthung stets für die Befreiung streiten soll [112]). Der Hauptgrund aber auf welchen auch Roßhirt wieder baut, ist von der Fortdauer des Eigenthums

109) Meine a. Abhandl. S. 24.

110) Roßhirt's Unterscheidung ist nur ein anderer Ausdruck für das was die früheren Vertheidiger seiner Ansicht dadurch, daß sie unterschieden ob die exceptio das Recht oder blos die Klage treffe, bezeichnen wollten, nur daß er behauptet, da wo die obligatio eine naturale Grundlage habe, treffe die exceptio blos die Klage. Den Beweis dieses Satzes ist aber Roßhirt schuldig geblieben.

111) Meine angef. Abhandl. S. 26 — 33.

112) fr. 47. de O. et A. [44. 7.] Paulus libro XIV. ad Plautium. Arrianus ait: multum interesse, quaeras, utrum aliquis obligetur, an aliquis liberetur? Ubi de obli-

nach verjährter Eigenthumsklage gegen den malae fidei possessor hergenommen; denn er sagt [113]): „Vor allem aber wird unsere Meinung durch die Constitutionen selbst gewissermaßen bekräftigt, wenn Justinian in der c. 8. §. 1. C. h. t. sagt, daß, wenn Jemand den Besitz einer Sache, welche er mala fide erworben, aber 30 ganze Jahre fortgesetzt habe, verliere, der alte Eigenthümer wieder zugreifen könne, woraus man klar sieht, daß durch die praescriptio longissimi temporis, wenn nicht zugleich eine neue Eigenthumserwerbung darin liegt, das dingliche Recht nicht verloren geht: warum sollte nun aber das Forderungsrecht verloren werden, und gibt es irgend einen Grund, eine solche Verschiedenheit in den beiden Arten der Vermögensrechte anzunehmen?" —

Wir glauben jedoch eine solche Verschiedenheit zwischen den Forderungs- und Sachen-Rechten, wenigstens so weit sich letztere als materiell dingliche Rechte darstellen, nachgewiesen, und somit auch die Unzulänglichkeit des Schlusses von der Wirkung der Verjährung der Eigenthumsklage auf die Wirkung der Verjährung der aus Forderungsrechten entspringenden Klagen, vollständig dargethan zu haben.

Was nun aber den Einfluß der Verjährung der

---

gando quaeritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum; ubi de liberando ex diverso ut facilior sis ad liberationem. Vergl. auch meine cit. Abhandl. S. 25. Ueberhaupt muß ich hier in Beziehung auf das sonst von Roßhirt Gesagte, da es Nichts als eine Wiederholung der schon früher für seine Ansicht vorgebrachten Gründe enthält, auf meine angeführte Abhandlung verweisen.

113) A. a. O. S. 163.

Pfandklage auf das Pfandrecht betrifft, so konnte bekanntlich, auch nachdem für alle Klagen höchstens eine 30jährige Dauer festgesetzt worden war, doch die Pfandklage gegen den Verpfänder und dessen Successoren niemals verjähren, indem Theodos in der Verordnung in welcher er die 30jährige Klagenverjährung einführte, ausdrücklich die erwähnte Ausnahme hinsichtlich der Pfandklage machte:

Eodem etiam jure in ejus persona valente, qui pignus vel hypothecam, non a suo debitore, sed ab alio per longum tempus possidente, nititur vindicare[114]).

Schon diese Bestimmung hätte unsere Juristen zu der Frage veranlassen sollen, warum Theodos diese Beschränkung bei der Verjährung der Pfandklage für nöthig erachtet habe, sie hätte sie aufmerksam machen sollen auf eine nothwendig zwischen dem Pfandrechte und den übrigen dinglichen Sachenrechten obwaltende innere Verschiedenheit, aus welcher sich allererst jene Bestimmung erklären lasse; denn wäre das Pfandrecht in dem Sinne ein dingliches Recht wie Eigenthum und Servitut, so mußte ja dem Pfandgläubiger, wenn der seitherige Besitzer, einerlei, mochte er der Verpfänder oder ein Dritter seyn, den Besitz verloren hatte, gegen den neuen Besitzer die dingliche Pfandklage eben so zustehen, wie jenen die Eigenthums- oder Servituten-Klage, da mit der Verjährung

---

114) c. 3. C. de praescript. 30. vel 40. ann. (7. 39.) Nach der ursprünglichen Fassung der Stelle in c. un. C. Th. de act. certo temp. fin. [4. 14.] lauten die hierher gehörigen Worte: Eodem etiam in ejus valente persona, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio possidente nitetur vindicare.

der dinglichen Klage sonst das Recht selbst nicht hinwegfällt, ja selbst eine Verjährung der dinglichen Klage nicht absolut, sondern immer nur gegen den seitherigen Besitzer eintritt. Man könnte nun zunächst geneigt seyn diese Bestimmung daraus zu erklären, daß der Verpfänder in einem besondern Verhältnisse zu dem Pfandgläubiger sich befinde, und deßhalb eine Verjährung der Pfandklage gegen denselben nicht habe Statt finden sollen; allein dann hätte überhaupt keine Verjährung der persönlichen Schuldklagen, namentlich auch nicht der gegen den Pfandschuldner gerichteten Statt finden dürfen. Die Vertheidiger der blosen Erlöschung der Klage nach Ablauf der Verjährungszeit, erklären dieß daraus, daß auch nach verjährter persönlicher Schuldklage noch eine obligatio naturalis bestehe und deßhalb auch das Pfandrecht fortdauern müsse [115]). Allein dieser Grund wäre, selbst wenn die Ansicht daß, nach verjährter Klage aus einem Obligations-Verhältnisse, noch eine naturalis obligatio bestehen bleibe, begründet wäre, was doch überall nicht der Fall ist, hier ganz unzutreffend, da es sich hier nicht danach fragt, ob und warum nach dem Wegfallen der persönlichen Schuldklage das Pfandrecht fortdauere, sondern nur danach warum selbst da, wo ein anderweiter Erlöschungsgrund des Pfandrechtes nicht vorgekommen ist, dieses also an sich als fortbe-

---

115) Glück Commentar Bd. XIX. S. 413, und alle übrigen Vertheidiger der blosen Klagenverjährung, sich stützend auf c. 3. C. cit. vergl. mit c. 7. C. eod. und c. 2. C. de luit pign. (8. 31.) Vergl. hierüber meine angef. Abhandl. S. 40. und flgde. Wieder in zu beschränktem Umfange versteht die c. 2. cit. von Buchholtz Juristische Abhandlungen, Königsberg 1833. No. 30. S. 390 — 392.

stehend betrachtet wird, die Pfandklage gegen den Verpfänder nicht verjähren soll [116]. Dieser Grund kann einzig und allein in der besonderen Natur des Pfandrechtes, welches wie wir gezeigt haben, nur in der Klage besteht, und deßhalb auch da wo dieß, selbst gegen den Verpfänder, ausgeschlossen ist, nothwendig zusammenfallen muß, gefunden werden. Wäre nämlich die Verjährung der Pfandklage selbst gegen den Verpfänder zugelassen worden, so wäre hierdurch die Dinglichkeit des Pfandrechtes indirekt aufgehoben gewesen, man würde dann in Beziehung auf die Verjährung das haben anwenden können, was Marcianus in Beziehung auf die condemnatio bei der Pfandklage bemerkt: quid prodesset in rem actio, quum et in personam agendo idem consequeretur [117]? Um also die dingliche Natur der Pfandklage zu wahren, war jene Bestimmung, daß dieselbe gegen den Verpfänder gar nicht verjähren solle, nöthig, und erst hierdurch war rücksichtlich des Pfandrechtes bei der Klagenverjährung das bewirkt, was sich bei den übrigen Sachenrechten, da diese eben nicht blos in der Klage bestanden und daher auch mit der Verjährung derselben nicht erlöschen konnten,

---

116) Theodos beschränkt ja die Unverjährbarkeit der dinglichen Pfandklage gar nicht auf den Fall, wo die persönliche Schuldklage durch Verjährung erloschen sey, sondern bestimmt ganz allgemein daß die Pfandklage gegen den Verpfänder unverjährbar seyn solle. Auch könnte in dem Umstande, daß nach verjährter Schuldklage nach eine naturalis obligatio bestehen bleibe, nur der Grund liegen, weßhalb das Pfandrecht überhaupt noch fortbestehen sollte, nicht aber der Grund weßhalb die Pfandklage gegen den Verpfänder der Verjährung entzogen seyn soll.

117) fr. 16. §. 3. s. f. de pign. [20. 1.] Vergl. oben S. 122 — 133. Note 85.

von selbst verstand; mit andern Worten, die dingliche Pfandklage war durch den Haltpunkt den sie durch ihre Unverjährbarkeit gegen den Verpfänder erhalten hatte, in Beziehung auf die Verjährung erst gleichgestellt den übrigen dinglichen Klagen, deren Unverjährbarkeit in dem ihnen zu Grunde liegenden Rechte lag. Es erhält demnach unsere Ansicht über die Natur des Pfandrechtes und dessen innere Verschiedenheit von den übrigen dinglichen Rechten, durch die Bestimmung von Theodos daß die Pfandklage gegen den Verpfänder unverjährbar seyn solle, wenn sie dessen irgend noch bedürfte, einen neuen Stützpunkt.

Nachdem aber Justin der Pfandklage selbst gegen den Verpfänder nur eine 40jährige Dauer vorgeschrieben hat [118]), entsteht die Frage welche Wirkung die Verjäh-

---

118) c. 7. C. de praescript. 30. vel. 40. ann. Imp. Iustinus Archelao P. P. Quum notissimi juris sit, actionem hypothecariam in extraneos quidem suppositae rei detentatores annorum triginta finiri spatiis, si non interruptum erit silentium, ut lege cautum est, id est etiam per solam conventionem, aut si aetas impubes excipienda monstretur, in ipsos vero debitores aut heredes eorum primos vel ulteriores nullis exspirare lustrorum cursibus, nostrae provisionis esse perspeximus hoc quoque emendare, ne possessores ejusmodi prope immortali timore teneantur. §. 1. Quamobrem jubemus hypothecariam persecutionem, quae rerum movetur gratia, vel apud debitores consistentium, vel apud debitorum heredes, non ultra quadraginta annos, ex quo competere coepit, prorogari, nisi conventio aut aetas, sicut dictum est, intercesserit, ut diversitas utriusque rerum persecutionis, quae in debitorem aut heredes ejus, quaeque movetur in extraneos, in solo sit annorum numero, verum in aliis omnibus ambae similes sint. In actione scilicet personali iis custodiendis, quae

rung der Pfandklage gegen den Verpfänder, nach dieser Verordnung, herbeiführen mußte. Ist das was wir über die Natur des Pfandrechtes, sowie über den Grund der früheren Unverjährbarkeit der Pfandklage gegen den Verpfänder, bemerkt haben richtig, so ergibt sich von selbst, daß mit der Verjährung der Pfandklage gegen den Verpfänder das Pfandrecht selbst erloschen seyn mußte, „quia nullum pignus est, cujus persecutio denegatur“ [119]); da aber wo die Pfandklage selbst gegen den Verpfänder nicht mehr Statt finden soll, kann sie unmöglich noch gegen einen Dritten Besitzer Statt finden [120]).

---

prisca constitutionum sanxit justitia. Im §. 2. bestimmt sodann Justin, daß die Klage gegen einen anderen Pfandgläubiger, wenn dieser seinen Besitz bei Lebzeiten des Schuldners sich anrechne, ebenfalls 40 Jahre dauern, wenn er dagegen nur seine Besitzzeit nach dem Tode des Schuldners in Anrechnung bringe, schon nach 30 Jahren erloschen seyn solle.

119) fr. 27. pr. de noxal. act. [9. 4.] Vergl. oben Seite 136. ff.

120) Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. S. 285 — 287. berührt diese Frage gar nicht, und es ist deßhalb unrichtig, wenn v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civil-Rechts Bd. I. §. 185. S. 443. bei Note 4, wo er behauptet, daß der Verpfänder und dessen Erben nie, d. h. wie aus dem Texte erhellet, weder durch longi noch durch longissimi temporis praescriptio, die Freiheit vom Pfande durch Verjährung erwerben könnten, sich hierfür auf Unterholzner a. a. O. S. 281. beruft, denn dort sagt Unterholzner nur, daß die longi temporis possessio den Verpfänder und dessen Erben nicht gegen die Pfandklage schütze, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil die longi temporis possessio immer bona fides erfordert, woran es eben dem Verpfänder nothwendig fehlt. Bei der longissimi

Ganz anders verhält es sich dagegen nach Kan. Rechte, denn da dieses, wenigstens bei der Besitz voraussetzenden Verjährung, stets bona fides, und zwar die ganze Verjährungszeit hindurch, verlangt [121]), so kann eine Verjährung der Pfandklage gegen den Verpfänder oder dessen Erben nicht mehr eintreten [122]), vielmehr müssen jetzt die Grundsätze des Röm. Rechts über longi temporis possesio im Ganzen auch hier entscheiden, wonach nur etwa da, wo der Erbe die verpfändete Sache aus einem singulären Grunde bona fide, d. h. hier unbekannt mit dem Umstande daß die Sache von seinem Erblasser sey verpfändet worden, an sich gebracht hat, durch den Ablauf von 40 Jahren die Pfandklage gegen ihn ausgeschlossen seyn wird, wenn nicht hier richtiger noch gesagt werden muß, daß schon nach 30 Jahren die Klage gegen ihn verjährt sey, weil er die fragliche Sache eben nicht als Erbe besitzt. War dagegen der singuläre Erwerbsgrund zugleich ein justus titulus, so fällt das Pfandrecht auch gegen den Erben schon durch longi temporis possessio hinweg:

Ulpianus libro III. Disputationum.

Ex facto propositum est, quendam, quum rem pignori dedisset, eandem distraxisse, heredemque ejus redemisse. Quaeritur: an heres adversus pignoris perse-

---

temporis possessio ist aber nach Röm. Rechte bona fides nicht erforderlich, und nur aus diesem Grunde konnte Justin die Pfandklage auch gegen den Verpfänder durch 40jährigen Nichtgebrauch von Seite des Gläubigers ausschließen, womit dann nach Obigem auch das Pfandrecht erloschen war.

121) c. 5. u. 26. X. de praescr. (2. 26.) Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. §. 92.

122) Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 287.

cutionem exceptione longae possessionis uti possit? Dicebam: hunc heredem qui pignus ab extraneo redemit, posse exceptione uti, quia in extranei locum successit, non in ejus qui pignori dederat, quemadmodum si ante redemisset, sic deinde heres extitisset [123]).

123) fr. 5. §. 1. de div. temp. praescript. (44. 3.)

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Buechel, Conrad,

Civilrechtliche Eroerterungen in einer Reihe einzelner Abhandlungen

Bd.: 1,2

Marburg 1834

J.rom.m. 75 cg-1,1/3
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566518-6